Die Schikane

im früheren und modernen Recht

unter besonderer Berücksichtigung des § 226 BGB.

Dr. iur. K. E. Sippell.

Die Schikane

im früheren und modernen Recht,

unter besonderer Berücksichtigung des § 226 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen

Universität Marburg

vorgelegt von

Karl Ernst Sippell

Referendar aus Bad Sooden a. d. Werra.

1912

J. F. Ziegler'sche Buchdruckerei, Remscheid.

Referent: Prof. Dr. F. André.

Meinen Eltern!

Inhaltsangabe.

Seite

I. Einleitung: Begriffsbestimmung der Schikane und Hinweis auf die Aufgaben der Arbeit 1

II. Die Schikane im römischen Recht 6

Die einzelnen Quellenstellen, die hauptsächlich zum Beweise eines Schikaneverbots für das römische Recht angeführt zu werden pflegen, nämlich:

1. l. 1 § 12 Dig. 39,3 8
2. l. 2 § 9 Dig. 39,3 } Nachbarrecht 11
3. l. 2 § 5 Dig. 39,3 12
4. l. 39 pr. Dig. 9,2 15
5. l. 38 Dig. 6,1 } Sachenrecht 17
6. l. 27 Dig. 20,1 19
7. l. 2 § 20 Dig. 47,8 Obligationenrecht 21
8. l. 3 Dig. 50,10 } Neidbau 23
9. Nov. 63 24

vermögen nicht darzutun, daß das römische Recht ein allgemeines Prinzip (Schikaneverbot) anerkannte.

III. Die Schikane im deutschen und gemeinen Recht 29

IV. Das preußische allgemeine Landrecht 32

V. Die Stellung der Entwürfe eines BGB. zur Schikane. Schließliche Aufnahme des § 226 im Anschluß an das gemeine und preußische Recht 34

VI. Abgrenzung des § 226 nach seinen Voraussetzungen:

1. Der Begriff der Rechtsausübung 36
2. Zweck. Ausschließlichkeit des Zwecks. Zweck und Absicht 50
3. Der Andere. Auch ein Dritter? 55
4. Schaden 56
5. Unzulässig. Unzulässigkeit und Widerrechtlichkeit . . 57

VII. Die Folgen der Unzulässigkeit:

1. Ausübungs-, nicht inhaltliche Schranke 60
2. Möglichkeit des Zutreffens:
   a) von §§ 823 Abs. I und 823 Abs. II . . . . . , 61
   b) von § 826. Verhältnis des § 226 zu § 826 62
3. Feststellungsklage 65
4. Unterlassungsklage 66
5. Einstweilige Verfügung 66
6. Beweislast 67

VIII. Inhaltlich dem § 226 verwandt: Seite
A. sind Vorschriften des BGB.,
1. die „Treu und Glauben", sowie 69
2. die „guten Sitten" zu Rechtsgrundsätzen erheben . . . 70
3. die der „Billigkeit" Rechnung tragen, an den „Mißbrauch des Rechts" Rechtsnachteile knüpfen und ähnliche . . 72
4. die im Interesse des nachbarlichen Friedens inhaltliche Grenzen setzen, namentlich dem Eigentum 75
B. eine Reihe anderer Gesetze, namentlich die zum Schutz der Individualrechte erlassenen 76
IX. Die Bedeutung des § 226 in der Praxis. Besprechung der wichtigsten Entscheidungen 78

Literaturverzeichnis.

Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, Berlin 1897.

Biermann, Bürgerliches Recht I, Berlin 1908.

Blümner, Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (Chikane), Berlin 1900.

Bode, Die sogenannte Chikane nach dem BGB., Greifswald 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I, Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Pandekten I, Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens I, Halle 1902.

Deutsche Juristenzeitung.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. I, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, Berlin 1901.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1, Marburg 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Leipzig.

Fuld, Der Chikane-§ des BGB. in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 501 ff.

Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Goldenberg, Die Stellung des BGB. zur Chikane, Rostock 1903.

Goldmann u. **Lilienthal,** Das BGB. I, Berlin 1901.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin.

Heine, Ueber das Verhältnis der § 226 und 826 des BGB. zu einander, Heidelberg 1906.

Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung I, Berlin 1910.

Hölder, Allgem. Teil u. Einleitung, Kommentar zum BGB., München 1900.

Huber, Ueber den Rechtsmißbrauch, Bern 1910.

v. Jacubezky, Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots. Bei Gruchot Bd. 50 S. 591 ff.

Juristische Wochenschrift.

Keller, Gibt es im geltenden Recht eine exceptio doli generalis, Borna-Leipzig 1911.

Ketteler, Das Chikaneverbot im BGB., 1907.

Knuth, Ueber die sogen. Chikane nach gemeinem Recht und BGB., Königsberg 1900.

Koch, Das Chikaneverbot des § 226 und seine praktische Anwendung, Elberfeld 1902.

Kohler, Bürgerliches Recht I, Berlin 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB., 1910.
Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des preuß. allgem. Landrechts, Berlin 1900.
Martin, Das Chikaneverbot des BGB., Borna-Leipzig 1907.
Marx, Kausalität der Unterlassung und Schadenersatzpflicht aus Unterlassungen nach § 823 BGB., 1908.
Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Wien 1904.
Mommsen, Digesten des Corpus iuris civilis, 1895.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., 1899.
Nast, Das Chikaneverbot im BGB., 1903.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Neumann, Handausgabe des BGB. I, Berlin 1909.
Oertmann, Kommentar zum BGB., Berlin 1908.
Planck, BGB. I, Berlin 1900.
Ramdohr, Rechtsmißbrauch. In Gruchot 46 S. 577 ff., 806 ff.
Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.
Recht, das Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Rewoldt, Das Verbot der Chikane. In Gruchot Bd. 24 S. 677 ff.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht I, 1908.
Scherer, Allgem. Teil des BGB., Erlangen 1897.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht I, 1868.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig 1905.
Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902.
Staudinger, Kommentar zum BGB. I, München 1910.
Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, Wien 1898.
Traeger, unter Rechtswissenschaft in Deutscher Literaturzeitung 1899 S. 511 ff.
Trüeb, Der Rechtmißbrauch (Schikane) im modernen Recht, Bern 1909.
Wenderoth, Die sogen. Chikane nach römischem Recht und BGB. St. Johann a. S. 1898.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe, München 1905.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 1900.
Zitelmann, Das Recht des BGB., Bd. 1, Leipzig 1900.

Es werden die üblichen Abkürzungen benutzt. In der Regel wird nur der Autor (nicht auch das Werk) zitiert.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556035_0052

I.

Einleitung.

Die Ausübung eines Rechtes seitens des Berechtigten kann für dritte Personen von verschiedener Bedeutung sein.

Durch die Rechtsausübung:

a) fühlt sich niemand beschwert;

b) werden Dritte belästigt, ohne (materiellen) Schaden zu erleiden;

c) erleiden Dritte Schaden, ohne daß der Schaden beabsichtigt war;

d) wird Schadenszufügung beabsichtigt, und zwar

α) nebenher (etwa als notwendige Folge erstrebten Vorteils),

β) ausschließlich (die Schadenszufügung ist Selbstzweck),

ε) ist auch objektiv betrachtet etwas anderes als Schädigung eines anderen nicht zu erreichen (insbesondere kein persönlicher Vorteil).

Subjektive Rechte — um solche handelt es sich hier allein — müssen dem Rechtssubjekt grundsätzlich die Befugnis zur Rechtsausübung geben, denn subjektive Rechte „sind da, um ausgeübt zu werden.“[1]) Dabei kümmert sich das Recht

[1]) Blümner S. 7.

meist nicht darum, welches Motiv den Handelnden zu der Art seiner Ausübung bewegt. Erst wo durch die Rechtsausübung die Interessen anderer objektiv gefährdet werden, wo Recht gegen Recht steht, sieht sich der Gesetzgeber genötigt, den an Schranken der Ausübung ihrer Natur nach nicht gebundenen Rechten Grenzen zu setzen, damit summum ius nicht als summa iniuria empfunden werde. Das tritt z. B. deutlich hervor, wenn jemand auf eigenem Grund und Boden ohne ersichtliches Interesse eine Mauer baut, bloß um dem verhaßten Nachbarn Licht und Luft zu nehmen; oder es spielt jemand auf einer alten Drehorgel dauernd das gleiche Lied, solange im Nachbargarten Konzert ist, um dadurch die Gäste des Nachbarn zu vertreiben und letzterem somit zu schaden. Immerhin ist die hieraus folgende notwendige Begrenzung nicht leicht, weil das Gesetz keine Sittenordnung sein kann und im harten wirtschaftlichen Kampf Manches gebilligt werden muß, was vom Standpunkt der Moral verwerflich oder mindestens als nicht fein erscheint. Wenn aber das Interesse des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit und nicht bloß dem davon Betroffenen gegenüber als besonders verwerflich anzusehen ist (z. B. wegen der dabei an den Tag gelegten Gesinnung oder des erstrebten Erfolgs), muß die ars aequi et boni Mittel und Wege schaffen, auch einem Recht entgegenzutreten, nicht um die Existenz des Rechts zu vernichten, wohl aber um der einzelnen Ausübung, die sich unter der Devise „Recht“ zu behaupten sucht, den rechtlich sanktionierten Boden zu nehmen.[2]) Nicht das Eigentum als solches z. B. darf negiert werden, sondern nur die konkret gefaßte Betätigung des Eigentümers.

---

[2]) Regelsberger S. 66: „Allein unsere Befriedigung an der gleichmäßigen Unterwerfung hört auf, wenn Besonderheiten am Einzelfall sich finden, welche in der Wagschale des generalisierenden Rechtssatzes nicht wiegen, aber für unser Gefühl erheblich genug sind, um die Unterordnung unter die Rechtsregel als Härte erscheinen zu lassen.“

Der Sprachgebrauch nennt diese flüchtig gekennzeichneten Arten der Rechtsausübung Schikane, wobei besonders an das Motiv des Handelnden (z. B. Neid, Haß, Rachsucht, Bosheit) gedacht wird und worunter also jede rücksichtslose Rechtsausübung, die sich zum Schaden des Nächsten durchsetzen will, zu verstehen ist.

Nun hieße es aber, das gesamte wirtschaftliche Leben lahmlegen, wollte man jede Rechtsausübung, welche in die Rechtssphäre Dritter eingreift und bewußt unter Verfolgung eignen Gewinns Schaden stiftet, für unzulässig erklären. (Erbauung eines Warenhauses, wodurch viele kleine Geschäftsleute voraussichtlich ruiniert werden.) Der Gesetzgeber war daher auch in Anlehnung an die Wissenschaft und die seitherige Praxis bemüht, die Grenzen sehr vorsichtig abzuwägen, jenseits deren das Recht nicht mehr durch die Rechtsordnung gestützt werden darf. Er mied es geflissentlich, um falschen Folgerungen vorzubeugen, den landläufigen Ausdruck „Schikane“ zu gebrauchen, und ließ sich auch nicht ausschlaggebend beeinflussen durch das, was moralisch gut und böse ist. Das konnte er schon aus dem Grunde nicht, weil es weder eine allgemein gültige noch ewig feststehende Moral gibt. Immerhin ist die Grundtendenz einer die Schikane verwerfenden Vorschrift eine moralische; nur sind für die Abgrenzung nicht sittliche Ideen maßgebend, sondern wirtschaftliche. Wenn daher im § 226 BGB. der Satz Gesetz geworden ist: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen,“ so ist damit keineswegs gesagt, daß dieser sogenannte Schikaneparagraph alle Fälle der Schikane nach Sprachgebrauch oder Wissenschaft umfaßt. Auch die letztere zieht bereits engere Grenzen als der Sprachgebrauch. Gemeinhin wird in Anlehnung an frühere Bestimmungen und vor allem wissenschaftliche Untersuchungen früherer und jüngster Zeiten Schikane im Sinne des Privatrechts definiert als Ausübung eines subjektiven

Rechts mit dem Zweck, einen andern zu schädigen.[3]) Die nachfolgenden Ausführungen setzen es sich zur Aufgabe, aus dem Wesen und der Bedeutung des § 226 BGB. heraus die Lösung der schwierigen Aufgabe, einer Ueberspannung des „Rechts"prinzips vorzubeugen, richtig zu verstehen und zu würdigen.

Allgemein ist einleitend noch zu bemerken:

Man spricht, besonders in der Literatur, meist schlechthin von Schikane, schikanöser Rechtsausübung oder bösem, böswilligem Rechtsmißbrauch. Wie Bode[4]) richtig hervorhebt, enthalten die letztgenannten Ausdrücke bereits ein Urteil, ob allerdings bereits ein Urteil vom Standpunkt des Rechts, scheint zweifelhaft; denn von einem solchen kann man erst mit Rücksicht auf die Vorstellung eines anerkannten Rechtsgedankens — gesetzlich ausdrücklich anerkannten oder doch im Gesetz lebenden — im Sinne des Urteils reden. Daß aber ein Verstoß „gegen das innerste Wesen des Rechts" vorliegt, ist eine Behauptung, die früher wenigstens sehr des Beweises bedurfte, zumal wenn man den Satz qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam für einen dem Recht innewohnenden Notwendigkeitsgedanken hielt. Wenn Bode's Auffassung auch, auf das moderne Recht bezogen, der unsrigen entspricht und sich aus der Kodifikation des BGB. rechtfertigt, so ist sie in ihrer Allgemeinheit doch mit Vorsicht aufzunehmen.

Der Ausdruck „Rechtsmißbrauch"[5]) enthält einen inneren Widerspruch. Was Recht ist, kann nicht Unrecht sein. Das sagt als Urteil: „Mißbrauch." Man macht Gebrauch von

---

[3]) Anders J. W. 1900 No. 31 S. 162. wo Schikane allgemein als Rechtsausübung, die „lediglich in der Absicht erfolgt, einen Andern zu schädigen", definiert ist. Ebenso Bauke S. 8. Wie oben z. B. Blümner S. 135, Koch S. 6, Bode S. 10 etc. Es sollte möglichst das Motiv (Absicht) ausgeschieden werden. Ob dies allerdings mit obiger Definition und der des BGB. erreicht ist, darüber vgl. unten S. 51 ff., wo das Verhältnis von Zweck und Absicht besprochen ist.

[4]) S. 13.

[5]) Aehnlich „schikanöse Rechtsausübung", s. Martin S. 15 f.

einem Recht, wenn man es ausübt, und solange Rechtsausübung vorliegt, kann man füglich nicht von Rechtsmißbrauch reden. Wenn eine sogen. schikanöse Rechtsausübung vorliegt, so negiert das Gesetz, welches sie verbietet, das Recht und stempelt es zum Unrecht. Der Ausdruck Rechtsmißbrauch wirft also Ausgangspunkt und Erfolg (gesetzliches Urteil) zusammen. Indem wir uns dessen bewußt bleiben, werden gleichwohl im Folgenden die oben genannten Ausdrücke unterschiedslos gebraucht werden, da es zu weit führen würde, jedesmal an Stelle von Rechtsmißbrauch etc. mehr oder weniger langatmige Definitionen zu setzen, welche die Darstellung wesentlich erschweren.

Auf die rechtsphilosophische Rechtfertigung einer allgemeinen, die Schikane bekämpfenden Vorschrift uns ausführlich einzulassen, halten wir für überflüssig. Einmal ist das schon zur Genüge geschehen[6]) und selbst wenn wir zu einem negativen Resultat kämen, würde uns das angesichts des § 226 wenig nützen.

Dagegen ist es unsere Pflicht zu sehen, auf welcher geschichtlichen Grundlage der Gesetzgeber aufgebaut hat, um das rechte Verständnis für seine Regelung zu gewinnen. Es ist daher auf das vor 1900 geltende Recht zurückzugreifen, das eine doppelte Wurzel hat, das römische und das deutsche Recht, in der Hauptsache miteinander verschmolzen im gemeinen Recht unter Vorwiegen römischrechtlicher Gedanken. Darnach wären die weiteren Aufgaben, um ein Urteil fällen zu können, die Auslegung des § 226 BGB., seine Stellung im BGB., die Berücksichtigung der Schikane in sonstigen Einzelvorschriften des BGB., in andern Gesetzen und Rechten, endlich die praktische Bedeutung des § 226.

---

[6]) Vgl. Martin S. 17 ff., Bode S. 13 ff., ferner Blümner, Bauke etc. Letzterer weitgehend in der Bejahung; verneinend dagegen Rewoldt S. 685 ff.

II.

Wie es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, die einmal verliehenen Rechte in ihrer Ausübung an Schranken nicht zu binden, so finden sich im römischen Recht Bestimmungen, die diesem Gedanken Ausdruck verleihen. Gaius sagt[7]): nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur, und ähnlich Paulus[8]): nemo damnum facit nisi qui id fecit, quod facere ius non habet und[9]) non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur, zusammengefaßt durch die bekannte Rechtsparömie: qui iure suo utitur, neminem laedit oder besser und richtiger nemini facit iniuriam.[10]) Mit einem solchen Satz ist für ein unentwickeltes Staatswesen, in dem die wirtschaftlichen Interessen noch nicht so hart aufeinanderstoßen, eine notwendige goldene Regel aufgestellt. Aber sobald Handel und Wandel größeren Umfang annehmen, sobald größere Städte lebenskräftig

---

[7]) l. 55 Dig. 50, 17.

[8]) eod. 151.

[9]) eod. 155 § 1.

[10]) Denn daß die Rechtsausübung aliquem laedere potest, bedarf keiner Auseinandersetzung (man denke z. B. an gesetzliche Begründung eines Staatsmonopols und dessen Verwirklichung, wodurch Tausende von bisherigen Interessenten aufs empfindlichste geschädigt werden), aber das gesetzmäßige Recht non facit iniuriam. Existierte eine gesetzliche Bestimmung, die der Rechtsausübung allgemeine inhaltliche Schranken setzt, so wird das Darüberhinausgehen iniuriam facere können, weil dann von Rechtsausübung nicht mehr gesprochen werden kann. Aehnlich viele Autoren, s. z. B. Blümner S. 13 ff.

emporblühen, machen sich notwendige Einschränkungen dieser Regel geltend im Interesse ruhigen Nebeneinanderlebens, ungestörten Friedens, zumal zur Festlegung nachbarlicher Verhältnisse. Wenn dieser Notwendigkeit entgegengetreten wird mit der Begründung, daß die Rechtsausübung berechtigterweise nicht an Schranken gebunden werden dürfe, weil ihr stets ein Interesse des Ausübers innewohne, und sei es nur das Interesse, dem Betroffenen zu schaden, so ist das philosophisch betrachtet vielleicht richtig, aber trotzdem eine Verkennung des praktischen Bedürfnisses, die Rechte zum Allgemeinwohl zu begrenzen.

Schon die Römer, die an ihren ursprünglich starren Rechtsformen zäh festhielten, erkannten bald die Notwendigkeit biegsamerer Rechtssätze. Diese unleugbare Assimilation an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse suchte man nicht allein in größerer Formfreiheit bei Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern naturgemäß auch in anderer Auffassung allgemeiner Rechtsgedanken zu erkennen. So sollen auch die oben in der Parömie qui iure suo utitur nemini facit iniuriam zusammengefaßten Sätze, wie die Ueberschrift des Titels sagt, in dem sie enthalten sind, regulae antiqui iuris[11]) sein, allerdings dahin zu verstehen, daß der darin enthaltene Grundsatz — weil maßgebende Richtschnur für jedes Gesetz — bestehen bleibt, nur in seinen Härten (summum ius summa iniuria) durch eine neue Regel, der aequitas entsprechend gemildert wird: Die schikanöse Rechtsausübung braucht nicht geduldet zu werden, schikanös d. h. wenn sie den Zweck verfolgt, einem Andern zu schaden.

Ob die Römer tatsächlich ein derartiges allgemeines Schikaneverbot anerkannt haben, ist an der Hand der

---

[11]) Die Hinweisung auf diese Titelüberschrift scheint uns für die Verteidiger eines Schikaneverbots im jüngeren römischen Recht nicht ganz unwesentlich zu sein, obgleich unsres Wissens dies von keiner Seite geschehen ist.

Quellen zu prüfen. Berücksichtigt werden nur die Quellenstellen, die als Hauptargumente für die Annahme eines Schikaneverbots angeführt zu werden pflegen.[12])

Wenn man die strenge Durchführung des Satzes qui iure suo utitur usw. irgend hart und den bereits flüssigeren Formen und milderen Anschauungen nicht entsprechend empfinden mußte, so war es sicher zunächst auf dem Gebiete des Nachbarrechts, weil hier die Interessen am ehesten kollidieren.

1. Die meist zitierte Stelle des Nachbarrechts ist l. 1 § 12 Dig. 39,3 (De aqua et aequae pluviae arcendae). Ulpianus: Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

Marcellus hat folgenden einfachen Tatbestand ins Auge gefaßt: es gräbt jemand auf seinem Grundstück und entzieht dadurch dem Nachbarn eine Quelle. Hieran knüpft er die Frage, die seinem Urteil zu entnehmen ist: Kann der betroffene Nachbar nicht gegen den, qui fontem avertit, klagen? Nihil cum eo agi posse, nicht einmal mit der actio doli. Jetzt setzt die Kritik des Ulpian ein: freilich hat Marcellus Recht; man kann doch eine actio doli nicht geben, wenn vicinus non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Es liegt nahe und ist auch vielfach geschehen, als Ansicht des Ulpian argumento e contrario hieraus zu folgern: unter der doppelten Voraussetzung, der positiven des animus vicino nocendi und der

---

[12]) Als Literatur für diese Stellen vgl. insbesondere Blümner S. 13—94, auch 95—116, Knuth S. 1—40; weniger eingehend Wenderoth S. 1—37; ferner noch Trüeb S. 29 ff. Vgl. auch die jeweils Zitierten daselbst.

negativen absente animo suum agrum meliorem faciendi[13]) müsse eine actio doli zugestanden werden.

Ulpian hätte m. a. W. die Voraussetzungen für das Urteil des Marcellus festgelegt und weiter gesagt: Marcellus hat nicht so kasuistisch gedacht wie ich, es ist ihm der oben erwähnte Fall entgangen. Er gelangt daher zu dem Resultat: 1) nec de dolo actionem stehe dem Betroffenen zu und 2) nihil cum eo agi posse ist die Antwort auf die durch den Tatbestand, den Zusammenhang und die Titelüberschrift weiter angeregte Frage: hat er denn nicht die actio aquae pluviae arcendae?

Bei dieser dem Ulpian untergeschobenen Auslegung tauchen Zweifel nach 2 Richtungen hin auf; einmal: sollte dem Marcellus der von Ulpian näher spezifizierte Fall des dolus entgangen sein? Und zum andern: darf man aus dem Fall des Ulpian den Schluß ziehen, daß bei Vorliegen der doppelten Voraussetzungen eine actio doli gewährt werden müsse?

Wenn man berücksichtigt, daß die römischen Juristen von jeher einzelne Fälle ins Auge faßten und an ihnen die Anwendbarkeit der Rechtsregeln prüften, so liegt es nahe, anzunehmen, daß Marcellus wohl an den von Ulpian bezeichneten Spezialfall des dolus gedacht hat,[14]) er aber keine Veranlassung sah, sich darüber näher auszubreiten, weil er ja ein anderes Ziel im Auge hatte, die actio aqu. pluv.

---

[13]) Es entscheidet also nur der animus, nicht etwa, ob die dolose ohne den animus suum agrum melionem faciendi erfolgende Rechtsausübung trotzdem objektiv Vorteil bringt.

[14]) Denn Marcellus redet doch von der actio d o l i. Wie könnte er, wo doch von der actio aqu. pluv. arc. die Rede ist, plötzlich auf die actio doli kommen, wenn er nicht gerade dolus voraussetzt? Daß die Stelle aber einem andern Zusammenhang entnommen wäre, dafür liegen keine Anhaltspunkte vor.

arc.[15]) Daher sagt Marcellus: nihil (d. h. actio aqu. pluv. arc.) posse agi cum eo, darum handelt es sich hier, das ist die Hauptsache, aber außerdem hilft hier ganz allgemein nicht einmal das Universalmittel der actio doli, mag man die Sache drehen und wenden, wie man will. Wenn Ulpian an die letzte Bemerkung anknüpfend, ohne auf die actio aqu. pluv. arc. einzugehen, den dolus näher bezeichnet und nur für den bestimmt genannten Fall dem Marcellus Recht gibt, so scheint der Rückschluß, daß Ulpian entgegen der Auffassung des Marcellus die actio doli unter den oben gekennzeichneten Voraussetzungen zulassen will, berechtigt.

Ergebnis: Fehlt in dem Fall des fontem avertere das eigene „Kulturinteresse" (animus agrum suum meliorem faciendi), so gibt der Jurist Ulpian bei animus nocendi die actio doli. Die wesentlichen Merkmale, die die Schikane ausmachen, liegen also hier vor.[16]) Gleichwohl ist die Entscheidung so spezieller Natur, daß man ohne fernere Anhaltspunkte eine prinzipielle Stellungnahme der römischen Juristen daraus kaum entnehmen darf.

---

[15]) Wenn hiergegen eingewandt wird, die besprochene Stelle treffe gar nicht für die actio aqu. pluv. arc. zu, so bestätigt das nur unsre Ansicht, die Stelle dient dazu, den Tatbestand, der für die actio aqu. pluv. arc. vorliegen muß, gegenüber ähnlichen Tatbeständen abzugrenzen. Daher auch keineswegs in Widerspruch hiermit § 11 eod., wo man argumento e contrario zu dem Ergebnis kommen muß, daß die actio aqu. pluv. arc. zu gewähren ist, wenn ein Nachbar dem andern durch aquam pluviam retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare Schaden zufügt, selbst wenn nur das sibi prodesse fehlt, also kein dolus vorliegt; denn das Negative von sibi prodesse ist nicht animus nocendi (dolus), sondern nur sibi non prodesse. Hier liegt eben ein spezifisch der actio aqu. pluv. arc. angehörender Tatbestand vor.

[16]) Daß der objektiv neben dem subjektiv fehlenden Interesse mögliche Vorteil nicht berücksichtigt ist, ist von keiner Bedeutung, da dies nicht Voraussetzung des allgemeinen Schikanebegriffs ist.

2. Wir wenden uns einer andern im gleichen Titel l. 2 § 9 enthaltenen Stelle zu (Paulus): Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat. Der Tatbestand ist kurz folgender: A lenkt einen Gießbach ab, um sich das Wasser fernzuhalten, schadet aber durch das Ablenken[17]) seinem Nachbarn B. Letzterer kann die actio aqu. pluv. arc. nicht anstrengen; denn aquam arcere heißt curare, ne influat, gerade das, was A tut. Paulus meint dazu: Labeo hat durchaus Recht, wenn A nur nicht in der Absicht gehandelt hat, dem B zu schaden, sondern um sich vor Schaden zu bewahren. Daraus müßte man schließen: hat A in Schädigungsabsicht gehandelt, so ist dem B die actio aqu. pluv. arc. zuzubilligen, nur von dieser ist die Rede, während nichts auf die actio doli hindeutet, obwohl im letztgenannten Fall deren Tatbestand wohl erfüllt wäre. Das hat auch seinen guten Grund. Stark betont ist nicht der animus nocendi durch das modo — dies findet sich häufig in der Verbindung mit si und heißt dann regelmäßig soviel wie dummodo[18]) —, sondern das ne sibi noceat. Den krassen Gegensatz hierzu, den animus (tibi) nocendi, erwähnt Paulus offenbar nur, damit er in die Augen fällt. Mit Vorbedacht spricht er aber nicht von der actio doli, weil zwischen ne sibi noceat und

---

[17]) Es ist sehr bestritten, ob die Schädigung nicht vielmehr darin liegt, daß dem B Wasser zufließt. Wir können uns den zutreffenden Ausführungen Blümner's S. 40 ff. anschließen, der im allgem. der Ansicht Burkhard's folgt, wonach die Stelle nur verständlich ist, wenn vom Entziehen des Wassers die Rede ist. Die einzelnen Gründe für und gegen anzuführen, würde zu weit gehen.

[18]) Vgl. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena 1907 unter si.

animus (tibi) nocendi noch ein anderer Fall liegt, wo die actio doli unmöglich Platz greifen kann, nach Ansicht des Paulus jedoch die actio aqu. pluv. arc. (als utilis) helfen soll und muß.[19]) Dieser Fall liegt vor, wenn bei Fehlen eigenen „Kulturinteresses“[20]) das flumen avertere dem B schadet, ohne daß A die Absicht hat, ut tibi (B) noceat. Es wäre doch auch höchst unbillig, wenn A zum Schaden des B launenhaft flumen avertere dürfte,[21]) ohne daß er kulturellen Nutzen dadurch hätte. Diese Entscheidung des Paulus ist zweifellos eine Billigkeitsentscheidung unter Abwägung der Interessen. Mag der Sprachgebrauch unter Umständen hier von Schikane reden, die Wissenschaft subsumiert den Fall nicht darunter, sodaß, da auch der animus nocendi nicht das Charakteristikum der Entscheidung des Paulus bildet, von Bekämpfung schikanöser Rechtsausübung nicht gesprochen werden kann.

3. Im Nachbarrecht verdient noch eine weitere Stelle erörtert zu werden, l. 2 § 5 Dig. 39, 3 (Paulus): Item Varus ait: aggerem qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quodsi exstet, putat aqu. pluv. arc. actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. quamquam tamen deficiat

---

[19]) Gerade deshalb erwähnt er die actio doli gar nicht, sondern nur die actio aqu. pluv. arc., die in beiden Fällen (als utilis) zutrifft.

[20]) Siehe S. 10.

[21]) Vgl. die Beispiele Blümner's S. 44 f., der im wesentlichen den gleichen Standpunkt vertritt.

aqu. pluv. arc. actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur. Regenwasser reißt einen auf einem Nachbargrundstück (des B) befindlichen Damm ein, wodurch A Schaden erwächst. Der Jurist Varus fragt, ob die actio aqu. pluv. arc. Platz greife. Er unterscheidet zur Beantwortung der Frage verschiedene Fälle: ist der Damm naturalis, so ist die Klage ebenso zu versagen, wie wenn er manu factus fuit, memoria eius autem non exstat: quodsi exstet . . . eum teneri. Anders Labeo: etiamsi memoria eius non exstat, soll der Klage stattzugeben sein; denn wenn man auch mit der actio aqu. pluv. arc. nicht gezwungen werden könne, seinem Nachbarn zu nützen, so könne damit doch wenigstens erreicht werden, daß B dem A nicht schade und dessen rechtmäßige Handlungen unterbinde. Damit will Labéo wohl sagen: wenn agger manu factus fuit und memoria eius non exstat, so kann dem A nicht verwehrt werden, daß er zu seinem Schutz den schadhaften Damm ausbessere; denn dadurch nützt B dem A nicht, sondern wendet nur Schaden ab, und hierauf kommt es an. Aber da ist noch eine Schwierigkeit: liegen die Verhältnisse nicht genau so beim agger naturalis? Labeo sagte andern Orts,[22]) arcere heiße curare, ne influat. Hat der Nachbar oder sein Rechtsvorgänger einen Damm errichtet, so hat er damit gewissermaßen die Verpflichtung übernommen curare, ne influat.[23]) Ist der agger dagegen naturalis, so kann von einer solchen Verpflichtung nicht die Rede sein, da diese das Tätigwerden mindestens einer Person voraussetzt. So verstehen wir jetzt eher, wie die Juristen

---

[22]) Vgl. oben l. 2 § 9 Dig. 39, 3.

[23]) Aehnlich ist bei Unterlassungsdelikten im Strafrecht oft nur ein vorausgegangenes positives Handeln ausschlaggebend.

zu der verschiedenen Behandlung kommen, wenn agger naturalis oder manu factus fuit.[24])

Paulus endlich meint dazu: Obwohl im Falle des agger naturalis die actio aqu. pluv. arc. versagt, so muß die aequitas, etsi iure deficiamur, doch ein Machtwort sprechen und dem A mit einer utilis actio oder einem interdictum zu Hilfe kommen, wenn er selbst den Damm wiederherstellen will, der ihm Nutzen bringen kann, jedenfalls aber dem B nicht schadet. Dies letztere erst gibt den Ausschlag, ähnlich wie in den früheren Fällen das Fehlen eigenen Kulturinteresses. Das muß der index nach der aequitas feststellen, irgend welches subjektive Moment spielt gar keine Rolle, sodaß man erst umständlich Umwege einschlagen muß, um überhaupt Schikane in die Stelle hineinzuinterpretieren,[25]) denn es ist noch nicht als Schikane anzusehen, wenn ich eine Einwirkung auf meine Sache untersage, mag sie mir auch keineswegs schaden, meinem Nachbarn aber nützen. Das dachte der römische Jurist mit seiner Entscheidung nicht anzudeuten, vielmehr glaubte er lediglich bei Berücksichtigung des prodesse und non nocere den wirtschaftlichen Bedürfnissen aeque Rechnung tragen zu müssen.

Das Resultat der Betrachtungen über Nachbarrecht ergibt, daß man aus den besprochenen Stellen schwerlich ein allgemeines Schikaneverbot herauslesen kann, ja daß es zum mindesten sehr zweifelhaft ist, ob der Schikane, deren mögliches Zutreffen in den einzelnen Fällen erwähnt wurde, irgend eine besondere Bedeutung beizumessen ist.

---

[24]) Immerhin ist die Unterscheidung äußerst theoretisch; denn zwischen einem agger naturalis und einem agger manu factus, cuius memoria exstat, wird nur schwer ein Unterschied zu finden sein, wenn nicht äußere Anzeichen die manufactio verraten. Vielleicht hat diese Erwägung auch die Billigkeitsentscheidung des Paulus mit beeinflußt, der auf der Ansicht Labeo's aufbaut.

[25]) Im Einzelfall ist Schikane allerdings möglich. Doch ist dies nur ein Sonderfall, der hier wie die andern Möglichkeiten nach der aequitas zu entscheiden wäre.

Es interessieren weiter etliche Quellenstellen aus dem Sachen- und Obligationenrecht.

4. Zunächst l. 39 pr. Dig. 9,2 (Pomponius): Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat, eiecit: quaerebatur dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. Der Tatbestand ist einfach und bedarf kaum der Klärung. Es fragt sich nur, welche Stellung zu der Auslegung, die die Anhänger des Schikaneverbots im römischen Recht gegeben haben, zu nehmen ist. Sie sagen: in § 1 eod.[26]) steht, daß man fremdes Vieh non aliter agere debet quam suum. Man hat also das Recht, fremdes Vieh vom eigenen Grundstück wegzutreiben. Treibt man es daher consulto vehementius oder stößt es, so ist das schikanöse Rechtsausübung, und daher ist der Klage auf Schadensersatz stattzugeben.

Wir nehmen einen anderen Ausgangspunkt und fragen im Hinblick auf die Ueberschrift des Titels: liegt ein Tatbestand vor, der normalerweise die actio legis Aquiliae zuläßt? Damnum ist vorhanden, dies damnum ist corpore corpori datum (percutere oder agere).[27]) Worin liegt aber die Schuld? In dem bloßen percutere oder vehementius agere, soweit es zum Forttreiben der Stute notwendig ist, ist nicht der die actio legis Aquiliae begründende dolus enthalten.[28]) Bei dem vehementius agere gibt consulto das fehlende

---

[26]) § 1 lautet: . . .qui pecus alienum in agro suo deprehenderit non agere illud aliter debet, quam . . . quasi suum, sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

[27]) Es genügt, daß der Schaden mittelbar (agere) entstanden ist. Sohm, Institutionen S. 415.

[28]) Dies würde noch Rechtsausübung sein. So auch Bauke, anders Rewoldt. Siehe Bauke S. 16 f.

Glied, consulto, d. h. „absichtlich, unter Voraussehung der möglichen Folgen, obwohl er wußte oder wissen mußte, daß mit Rücksicht auf den Zustand der Stute das Treiben allzu schnell (vehementius) geschah.“ Consulto gehört aber nach dem klaren Wortlaut nur zu vehementius agere; das muß schon zu denken geben.[29]) Es ist also anzunehmen, daß der Treiber das Pferd schuldhaft — ob vorsätzlich oder fahrlässig, ist ganz gleichgültig[30]) — gestoßen hat. Jedenfalls hätte er ordnungsmäßig eigenes Vieh nicht gestoßen. In diesem Gegensatz liegt die Schuld, nicht die Absicht, den Eigentümer durch das percutere, das in concreto zulässig sein kann, zu schädigen, die Schuld gibt für den Juristen den Ausschlag, den Tatbestand der actio legis Aquiliae als erfüllt anzusehen. Also einfache Rechtsverletzung, aber nicht erst infolge schikanöser Rechtsausübung ausnahmsweise dazu gestempelt.[31])

Ein Analogon aus dem heutigen Recht. Selbsthilfe ist unter ganz bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Man kann, wenn man so will, von einem Selbsthilferecht sprechen. Ueberschreitet jemand schuldhaft die Grenzen der Selbsthilfe, so übt er eben keine Selbsthilfe mehr, sein Tun ist Rechtsverletzung. Und tut er dies auch in Schädigungsabsicht, so wird es doch kaum jemandem einfallen, die Schadensersatzpflicht auf schikanöse Rechtsausübung zu

---

[29]) Dies ist doch der Hauptstützpunkt dafür, daß hier von schikanöser Rechtsausübung die Rede sei.

[30]) S o h m, S. 414.

[31]) Aehnlich auch die bereits in den Volksrechten erwähnte zulässige Pfändung fremden Viehes (Schüttung), das auf fremdem Grund und Boden angetroffen wurde. Sie durfte nur soweit gehen, als zur Sicherung des Schadens nötig war. Darüber hinaus lag jedenfalls eine Verletzung der Rechte des Eigentümers vor, der daher eventuell auf Schadensersatz klagen kann (natürlich nicht wegen schikanöser Rechtsausübung). Vgl. ALR. I, 14, 413; EG. BGB. Art. 89; Preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 77.

gründen. Er würde wohl auch schwerlich damit durchdringen. Wenn wir aber heute nicht so folgern, warum dann im römischen Recht? Wir brauchen den Umweg nicht und halten ihn nicht für richtig.

5. Ganz besonders wird ferner betont, daß die l. 38 Dig. 6,1 ein Schikaneverbot enthalte. (Celsus.) In fundo alieno quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet, finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus (paternis) sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est.

Folgendermaßen gedeutet: Der bonae fidei possessor eines Hauses soll gegenüber dem armen[32]) dominus, wenn dieser sich dazu erbietet, ihm den Wert seiner impensae zu ersetzen, die sie für ihn (den b. f. p.) nach der Trennung haben, ein ius tollendi nicht haben. Diese Bestimmung soll den armen dominus vor dem schikanösen ius tollendi des b. f. p. — wenn es nämlich für den b. f. p. objektiv kein Interesse hat — schützen: neque malitiis indulgendum est. Damit ist der allgemeine Grundsatz: schikanöse Rechtsausübung ist verboten, unzweideutig ausgesprochen.

Soviel ist zunächst richtig, daß der b. f. p. einen Ersatzanspruch hat, der dem pauper dominus gegenüber auf ein

---

[32]) Es interessiert hier nur der Fall des dominus pauper. Der dominus dives, von dem vorher die Rede ist, muß auf jeden Fall Ersatz leisten. Vgl. Blümner, S. 48.

ius tollendi reduziert ist, si pauper dominus, falls er Ersatz leisten müßte, laribus sepulchris avitis carendum habeat. Entschließt sich der dominus pauper trotzdem, Ersatz zu zahlen, so fiat ei potestas, d. h. hat er die Wahl, soviel zu ersetzen, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, oder das tollere zu dulden (der b. f. p. selbst kann nur letzteres verlangen). Ist der Wert der Sachen nach der Wegnahme gering oder gleich Null, so erhält der b. f. p. eben wenig oder gar nichts, da in solchen Fällen der dominus pauper stets das ius tollendi abzuwenden bemüht sein wird, neque malitiis indulgendum est, das ist auch gar nicht hart; denn der b. f. p. würde durch tollere auch nicht mehr erhalten, dem dominus aber würden Werte entzogen. Quod erat demonstrandum: neque malitiis indulgendum schließt sich eng an den Tatbestand an und ist als allgemeine Regel nicht zu werten.[33]) Und es ist ferner nicht die (vorliegend gerade sehr leicht mögliche) Schikane der Grund für das Verbot des tollere, sondern die Wahl des dominus, statt der Wegnahme Ersatz zu leisten. Selbstredend ist damit aber eine Handhabe gegeben, der Schikane zu begegnen. Da es aber den allgemeinen Satz „Schikane ist verboten" noch nicht gibt — sonst bedurfte es nicht des Auswegs, dem dominus noch die Wahl zu lassen[34]) —, so gibt der Jurist immerhin ein Mittel an die Hand, der Schikane zu begegnen. Blümner[35]) trifft also durchaus den Kern der Sache, wenn er betont, die Schikane sei nur die ratio legis dafür, daß da, wo der

---

[33]) Ders. Ansicht z. B. auch Bode S. 17.

[34]) Auch hätte der Gesetzgeber eine Wahl zwischen formell bestehendem Unrecht (vorausgesetzt, daß es ein allgemeines Schikaneverbot gab) und Recht nicht zulassen dürfen. Wollte man nicht so schließen, dann würde der dominus pauper, der den b. f. p. tollere läßt, sofern sich das tollere als Schikane darstellt, hinterher Schadensersatz geltend machen können. Die Stelle sagt aber das Gegenteil.

[35]) S. 53.

Ersatz gleich Null ist, an dessen Stelle nun „nicht wieder das ius tollendi gewissermaßen restituiert werde.“[36]) —

6. l. 27 Dig. 20,1 lautet (Marcellus). Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse, qui forte causa (metuere) ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur. B ist Pfandgläubiger, hat aber die Pfandsache, einen Sklaven, dem Schuldner A belassen (hypotheca). A hat aus geringfügigem Grund den Sklaven gefesselt, und nun hat B, als es zum Pfandverkauf kommt, da der Sklave hierdurch an Wert eingebüßt hat, Verluste. Quaestio iuris: Kann B den Ausfall von A ersetzt verlangen und mit welcher Klage, vorausgesetzt: nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat? Marcellus selbst weiß keine Antwort und sucht sich aus der Enge zu ziehen, indem er sagt, die Sache sei der Beachtung und Hilfe des Prätors wert. Hieran reiht sich die Note des Ulpian, dessen Worte so gedeutet werden:[37]) hat A animo nocendi, d. h. schikanös von seinem Züchtigungs r e c h t Gebrauch gemacht, so haftet er, anderenfalls nicht. Vor allem ist (auch unter Hinweis

---

[36]) Der gleichen ratio legis verdanken eine ganze Reihe Vorschriften des BGB. ihre Entstehung oder Fassung, ohne daß man von Schikaneverboten reden könnte.

[37]) Vgl. hierzu auch l. 17 § 1 Dig. 7, 1.

auf die Titelüberschrift)[38]) demgegenüber zu betonen, daß hier weniger von den Rechten des dominus A die Rede ist (speziell seinem Züchtigungsrecht), als vielmehr von den Pflichten des Pfandschuldners bezgl. der in seinem Besitz belassenen Pfandsache. Wir haben also vom Pfandrecht auszugehen und nebenher das kollidierende Züchtigungsrecht zu betrachten, nicht umgekehrt.

Bestellt A dem B an einem Sklaven Hypothek, so hat er für schuldhafte Verschlechterung der Pfandsache selbstredend einzustehen.[39]) Sein Züchtigungsrecht wird dadurch natürlich nicht außer Kraft gesetzt. Aber wenn er auch im Rahmen desselben handelt, darf er trotzdem nicht dolos seine Pflichten als Pfandschuldner verletzen. Man ist geradezu versucht zu sagen, durch die Hypothekenbestellung habe er sein Züchtigungsrecht selbst eingeschränkt. Ob die Pflichtverletzung animo nocendi erfolgt oder ob das Verschulden anderer Art ist, ist nicht von besonderer Bedeutung. An krassen Gegensätzen lassen sich die Rechtsregeln am besten beleuchten: si vinxit, ut noceret, tenebitur, si merentem non tenebitur. Der animus nocendi ist ein Fall schweren Verschuldens, si meret die Regel der Nichtschuld. Nicht dagegen stehen sich zwei ausschließliche Kategorien gegenüber. Wie der animus nocendi nicht die einzige hier in Betracht kommende Schuldart ist, so wenig will Ulpian sagen, si servus meret, kann der dominus überhaupt nicht mehr schuldhaft handeln. Dem widerspricht schon die vorausgehende Ansicht des Marcellus, zu der sich Ulpian gar nicht in Gegensatz setzen will: tötet der dominus den Sklaven, etsi meret, so hat der

---

[38]) Sie lautet: De pignoribus et hypothecis, qualiter contrahantur et de pactis eorum.

[39]) Vgl. Blümner S. 77, Seuffert, Arch, XXXVII, 99. Den gleichen Gedanken enthält z. B. BGB. § 1133, der allerdings nur für Grundstückshypotheken gilt. Da es aber entgegen dem römischen Recht Hypotheken an beweglichen Sachen nicht mehr gibt (Prinzip der Erkennbarkeit), so müssen wir für diese Materie die verwandten Gedanken bei den Immobilien suchen.

Pfandgläubiger die actio ad exhibendum.[40]) Ergebnis: Nicht der Mißbrauch des Züchtigungsrechts begründet die Haftung des A, sondern die schuldhafte Verletzung seiner Pflichten als Pfandschuldner. Auch kann das Züchtigungsrecht nur beschränkt kollidieren, weil es durch die Pfandbestellung wesentlich beschnitten ist.[41])

7. Aus dem Obligationenrecht verdient nur eine Stelle besonderer Erwähnung.

Dig. 47,8 l. 2 § 20 lautet (Ulpianus): Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse, Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquila. Pernice[42]) und Rewoldt folgend, müßten wir so auslegen: Der Steuerpächter A hat bei Steuerkontravention des B das Recht, Vieh des B zu pfänden (abducere). Tut A dies in der irrigen Annahme, B habe sich gegen das Steuergesetz vergangen, so kann die actio vi bonorum raptorum nicht Platz greifen, weil der dolus fehlt. Handelt A aber schikanös, indem er das Vieh einsperrt, um es am Weiden zu hindern oder um es verhungern zu lassen, so trifft auch, d. h. neben der actio vi bonorum raptorum, die actio legis Aquiliae als utilis zu. Zunächst ist festzustellen, was auch die beiden genannten Interpretatoren unterstellen, daß sich der dolus nicht bereits auf die Wegnahme beziehen

---

[40]) Dabei wird nicht übersehen, daß Marcellus einen Unterschied, wie ihn Ulpian betont, in keiner Weise andeutet. Er baut nur auf der levissima offensa auf, von dolus ist gar nicht die Rede. Aber argumento a minore ad maius muß Marcellus bei dolus eine Klage geben, und wahrscheinlich dann die actio hypothecaria. cf. l. 9 pr. Dig. 13, 7 und Blümner S. 77.

[41]) Aehnlich im Resultat, aber mit anderer Begründung Blümner S. 74 ff., Knuth S. 27 f., Rewoldt S. 696, Bauke S. 14 f.

[42]) Pernice, Sachbeschädigung 1867 S. 45.

darf. Damit würde der Auffassung, daß die Stelle vom Rechtsmißbrauch handele, von vornherein jeder Boden genommen, es läge ja gar kein Recht, auch kein Scheinrecht mehr zu Grunde. Soll in dem erstgenannten Fall die actio vi bonorum raptorum Anwendung finden? fragt Ulpian. Er verneint das und stützt seine Ansicht auf Labeo, der sagt: sane dolo caret. Im Anschluß hieran läßt er den Labeo einen ganz anderen Fall vortragen: A sperrt das Vieh ein, um es verhungern zu lassen, da es nicht auf die Weide kann.[43]) Vorausgesetzt ist auch hier wieder die irrige Annahme, zur Pfändung berechtigt zu sein. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang, weil sonst die Frage nach der actio vi bonorum raptorum nicht mehr am Platze wäre, die aber die ganze Diskussion als Leitfaden durchzieht. Wie bei l. 27 Dig. 20,1[44]) den im Besitz der Pfandsache Befindlichen — hier war es der Schuldner, jetzt ist es der Gläubiger — gewisse Verpflichtungen der Art trafen, durch positive Handlungen die Pfandsache nicht schuldhaft zu verschlechtern, so auch beim Faustpfandgläubiger.[45]) Diese Verpflichtungen sind die gleichen, ob die Pfändung rechtmäßig oder nur irrigerweise erfolgte.[46]) Im ersteren Fall folgen sie nur aus Pfandrechtsgrundsätzen, in letzterem aus Deliktsgrundsätzen. Allein, soweit der erstere Fall vorlag, hätte an Rechtsausübung gedacht werden können; aber selbst hier kann man nicht, wie Knuth[47]) es tut, von Kollision der Rechtsausübung (des Pfändens) und der Rechtsverletzung (des Verhungernlassens) reden, denn das Pfandrecht als einheitlicher Begriff enthält Recht und Verpflichtung,[48]) sodaß man in der

---

[43]) Ne pascatur et ut periret sind also nicht auseinanderzureißen, wie es Pernice tut. Siehe Knuth S. 30.

[44]) Oben S. 20 f.

[45]) Vgl. BGB. § 1215.

[46]) Letzteres nur wichtig für die Art der Rückforderungsklage.

[47]) S. 31.

[48]) Die letztere bedeutet nur die inhaltliche Begrenzung des Pfandrechts.

von Knuth angedeuteten Weise nicht das Recht mit der Rechtsverletzung, die eine Folge der Außerachtlassung der Pflichten ist, konkurrieren lassen kann.[49]) Die hier in Frage stehende Auslegung setzt aber nur Scheinrecht voraus, und es ist daher gar nicht ersichtlich, wie hier an schikanöse Rechtsausübung gedacht werden konnte. So kommt Labeo auch zu dem richtigen Schluß: hier ist der Tatbestand der actio legis Aquiliae erfüllt, etiam, d. h. sogar, bereits, da brauchen wir uns nicht weiter umzusehen, ob nicht vielleicht die actio vi bonorum raptorum anwendbar ist.[50])

8. Auf die folgenden Stellen, die l. 3 Dig. 50,10 und Nov. 63 ist von den Anhängern des Schikaneverbots der größte Wert gelegt worden, da sich die ganze viel umstrittene Lehre vom Neidbau (einem dem Ursprung nach deutschrechtlichen Institut) darauf stützt.

l. 3 Dig. 50,10 (Macer): Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit. Also aedificatio ad aemulationem „Bau zum Zwecke der Kränkung" ist verboten, während sonst für Privatleute allgemeine Baufreiheit besteht. Damit ist der Grundsatz des Verbots des Neidbaus klipp und klar ausgesprochen.[51]) So die übliche allgemeine Schlußfolgerung aus der Stelle.

l. 3 Dig. 50,10 findet sich unter dem Titel de operibus publicis. Daraus folgt — und die Aufzählung am Schluß der Stelle bestätigt dies —, daß es sich nur um öffentliche Gebäude handelt. Ein derartiges Gebäude soll auch ein Privatmann sine principis auctoritate errichten dürfen. Aus-

---

[49]) Das setzt den Begriff des Pfandrechts als eines inhaltlich unbeschränkten voraus.

[50]) Vgl. Knuth S. 31; Blümner S. 64.

[51]) Mevius Comment. in ius Lubescense lib. III tit. 12 art. 7 Nov. 35: nemini permissum est ad aemulationem, invidiam aut iniuriam alterius etiam in suo aedifacare.

nahme, wenn es ad aemulationem alterius civitatis pertineat oder . . . ein Cirkus etc. ist. Was heißt ad aemulationem? Aemulatio[52]) heißt: Nacheiferung, Wetteifer, modern ausgedrückt: wenn ein Privatmann durch Anlage eines opus novum, das öffentlichen Zwecken dienen soll, in Konkurrenz mit einer altera civitas, einer politischen Gemeinde, treten will. Das ist eine ganz verständliche, auf öffentlichem Recht fußende Bestimmung, wodurch nicht die Baufreiheit als solche, sondern nur die Zweckbestimmung neu zu errichtender Baulichkeiten an einige Voraussetzungen geknüpft wird. Aber haben wir nicht auch derartige Beschränkungen baupolizeilicher Art, wodurch unter Umständen der freie Wettbewerb der Einzelnen zu Gunsten des Staates oder politischer Gemeinden ausgeschaltet wird?[53]) So gut wie der moderne Staat, bedurfte das entwickelte römische Staatswesen solcher Beschränkungen der Interessensphäre seiner Bürger. — Wir können daher ein Verbot des Neidbaus dieser Stelle nicht entnehmen.

9. Aber da ist endlich noch Nov. 63. . . . Zenonis piae memoria constitutio dicit: nos etiam aliquid tale sancivimus. Sequitur autem in hac regia urbe non posse aliquid ultra centum pedes prohibere maris aspectum, rem omnium gratissimam. Oportebat quidem forsan et exampliari mensura aspectus eius partem, et non eos prohibere. Sed tamen hoc inopinabili quadam machinatur arte. Quidam enim centum pedum relinquentes mensuram, aut etiam parum

---

[52]) Es wird vielfach behauptet, die Römer hätten für Schikane den technischen Ausdruck vexatio gehabt. Doch läßt sich dies quellenmäßig nicht nachweisen. Schlagen wir ein Lexikon auf, so heißt vexatio: Beunruhigung, Belästigung. Das kommt allerdings dem Begriff der Schikane näher als aemulatio, mehr aber auch nicht. Vgl. auch Thomasius §§ 34, 35 . . . ut opus hoc novum superet opus vicinae civitatis, id enim proprie aemulari est.

[53]) Man denke z. B. an staatliche Monopole früherer Zeiten oder an Errichtung öffentlicher Badeanstalten.

aliquid huic addentes, deinde aedificant: Nihil aliud habentes, sed tanquam aliquod velum tetenderint: et cum abstulerint maris aspectum per omnem potestatem et non repugnantes legi propter centum pedum spatium, interim aedificant sine prohibitione et dum quo quaerunt, petuntur, deponunt illud quod propter utilitatem ab eis iniunctum est. sed ita schema circumvenientes omni voluntate, extraneas possessorum constituunt domos: quod de cetero fieri nullo modo volumus inventum. Der Fall ist folgender: Kaiser Zeno hatte eine Verordnung erlassen, wonach es verboten sein sollte, innerhalb 100 Fuß einem Haus die Aussicht auf das Meer zu verbauen. A ersinnt einen Kniff, wie er dies trotzdem erreichen kann. Er baut zunächst in weiterer Entfernung eine Mauer und, da so das Haus des B keine Aussicht mehr auf das Meer hat, steht auch die Verordnung Zeno's, daß innerhalb 100 Fuß die Meeresaussicht nicht verbaut werden dürfe, nicht mehr entgegen. Nachdem A nun zwischen seiner Mauer und dem Haus des B gebaut hat, reißt er die Mauer nieder und genießt so die Aussicht. Hiermit folgert man nun: Derart schikanöse Bauereien, lediglich um den Nachbarn um die Aussicht zu bringen, darf der Gesetzgeber nicht dulden, und deshalb verbietet er sie.

Eine andere Deutung liegt viel näher. Schon beim bloßen Durchlesen des Tatbestandes springt es in die Augen, daß hier ein in fraudem legis agere vorliegt. Die Anhänger der andern Ansicht müßten, wollen sie konsequent bleiben, für den Fall, daß A nur an sein Interesse und nicht an die Schädigung des B denkt, dahin kommen, hier jegliche Klage zu versagen; denn es geht nicht wohl an, im einen Fall in fraudem legis agere zu leugnen, im andern aber zur Urteilsgrundlage zu machen, oder dort das eigentlich sekundäre, hier das primäre subjektive Moment den Ausschlag geben zu lassen: auch wenn Schädigungsabsicht im Vordergrund steht, muß erst der Tatbestand des in fraudem legis agere durchlaufen werden, wenn A den in der Novelle berichteten Weg betritt. Es wäre höchstens in dem letzterwähnten Fall

Klagenkonkurrenz denkbar, davon steht aber nicht das Mindeste in der Stelle. A möchte sein Haus an bevorzugter Stelle haben, er hat ein großes Interesse an der schönen Aussicht und der baulichen Verwertung seines Grundstücks. Sein Ziel kann er aber nur erreichen dadurch, daß er das Gesetz umgeht und damit auch notwendig seinen Nachbarn schädigt.[54]) Cap. 1 der Novelle klärt die Sache noch wesentlich: Wenn A bauen will, usque ad spatium totum (centum dicimus pedum) tendat, aedificia faciens, tanquam necessaria sibi et inevitabilia futura. Hier ist dann das Gesetz eingehalten, ob schikanöse Gesinnung vorwaltet, ist jetzt gleichgültig. Das muß man aus dem Text herauslesen, weil er fortfährt: non autem propter vicini laesionem construat parietes. Ob in dem Mauerbauen allein Schikane liegt, das steht dahin. Es wird jedenfalls vorgeschlagen, die actio vi bonorum raptorum (wegen privatio aspectus) anzuwenden und mit noch schärferen Strafen vorzugehen, als diese ausspricht, ut non malus vicinus constitutus vadat deridens legem, tanquam non valentem cum propriis inhibere dispositionibus. Das setzt natürlich voraus, daß A zwischen seine Maurer und das Haus des B sein Haus gebaut hat deridens legem.[55]) Und das gerade darf der Gesetzgeber nicht dulden. Der einzig hier mögliche und angedeutete Fall der Schikane, das Mauerbauen außerhalb der gesetzlichen Verbotszone, findet also keine Beantwortung, sodaß ein Schikaneverbot, speziell das Verbot des Neidbaues, auch auf Nov. 63 nicht zu gründen ist.

Wir sind damit am Schluß unserer Quellenbetrachtung angelangt. Ein allgemeines Schikaneverbot haben wir

---

[54]) Etwas anderes bedeuten auch die Worte nicht: atque ita hoc schema excogitans omni voluptate possessorum domus privat.

[55]) Es ist sonderbar, daß dies noch so gut wir gar nicht betont ist, wo man hier doch den sichersten Anhalt hat, daß in fraudem legis agere der ausschlaggebende Grund für das Verbot ist. — Vgl. auch l. 9 pr. Dig. 8, 2: cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.

nirgends ausgedrückt gefunden. Wohl waren einzelne Bestimmungen vorhanden, wo die Unterdrückung der Schikane ratio legis war, oder durch die, wenn auch nicht typisch, so doch möglicherweise der Schikane vorgebeugt werden konnte und sollte.[56]) Aber ein allgemeiner positiver Satz, wonach eine Rechtsausübung zur Schikane unzulässig sein soll, ist im römischen Recht nicht aufgestellt.

Wir können das gewonnene Ergebnis in 3 Punkten zusammenfassen:

1) Ein allgemeines Schikaneverbot ist dem römischen Recht nicht bekannt.[57])

2) Es finden sich vereinzelt Bestimmungen, die schikanöser Rechtsausübung begegnen sollen,[58]) ohne daß sich hieraus ein allgemeines Prinzip ableiten ließe.

3) Es gilt qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam uneingeschränkt, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen Ausnahmen von der Regel gestatten.[59])

Im Anschluß hieran können wir mit wenigen Worten über die exceptio doli generalis, die für das römische wie gemeine Recht als Mittel zur Bekämpfung der Schikane bezeichnet wird, hinweggehen. Nachdem die exceptio doli generalis voll entwickelt war, bedeutete ihre Anwendung im Einzelfall, daß dem Anspruch des Gegners irgend ein gesetzlich bestimmtes Gegenrecht entgegenstand.[60]) Unter dem Namen

---

[56]) Hier ist besonders das Nachbarrecht zu nennen.

[57]) Pernice II, 57 behauptet die Geltung des Schikaneverbots nicht für die klassische, sondern nur die Justinianeische Zeit.

[58]) Den gleichen Standpunkt vertreten Oertmann zu § 226 I S. 653. Anders anscheinend Staudinger zu § 226 S. 685. Vgl. auch Wächter, Württb. Privatrecht II § 32 S. 194, Pandekten I S. 169. Unger, System I S. 616. — Unsre Begründung weicht in vielen Punkten nicht unerheblich von der meist vertretenen ab.

[59]) Andeutungsweise gehört hierher l. 38 Dig. 6, 1.

[60]) Siehe Bode S. 17.

der exceptio doli generalis gingen daher die verschiedensten Einrederechte. Es war eben das Bequeme, daß sie nicht schon vor dem Prätor näher bezeichnet zu werden brauchten.[61]) Greifen wir auf unsre durch die Quellenbetrachtung soeben gewonnenen Ergebnisse zurück, so wird Schikane mit der exceptio doli nicht allgemein (Punkt 1), sondern nur in gesetzlich normierten Fällen etwa mit der Retentions-, Kompensationseinrede etc., soweit hier überhaupt Schikane möglich ist, oder im Anschluß an die seltenen Fälle, wo speziell die Schikane in den Quellen bekämpft wird (Punkte 2, 3), zurückgewiesen.

---

[61]) Vgl. Keller S. 3.

III.

Wir haben bereits angedeutet, daß das deutsche Recht vor der Rezeption des römischen Rechts schon eine Institution besaß,[62]) die als Ausgangspunkt für die Aufnahme des § 226 BGB. betrachtet werden muß, die Institution des „Neidbaus". Ausdrücklich geregelt findet sie sich in einer ganzen Reihe von Stadtrechten. Beispielsweise seien erwähnt die Münchener Bauordnung von 1489 Art. 27: „Item neydpau, die ainem schaden prächten, sollen verpoten sein, und sollen die pauleut dieselben neydpau abzuerkennen und darynne zu entschaiden macht haben"; und Augsburger Bauordnung 1 § 25: „Für einen Neidbau aber wird gehalten, wenn einer seinen vorhabenden Bau offenbarlich zu seines Nachbarn Schaden ohne dringende Not vornimmt", so daß seine „Bosheit entweder aus seinem eigenen Geständnis oder Bedrohung oder aus der seltsamen und gezwungenen Anlegung seines Baues, der auf andre Weis und Gestalt seinem Nachbarn viel weniger Nachteil verursachte, sich von selbsten an den Tag legt."[63])

Dagegen finden wir in den Reichsgesetzen damaliger Zeiten weder etwas Aehnliches noch ein allgemeines Schikaneverbot, wie denn die Reichsgesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilrechts seit der Rezeption so gut wie versagte, weil die Territorialgewalt mehr und mehr erstarkte und das klare römische Recht zunächst den meisten Ansprüchen genügte. Gleichwohl erweiterte die deutsche Rechtsanschauung den

---

[62]) Siehe S. 23.

[63]) Vgl. ferner Ulmer Bauordnung T 17 § 2; ähnlich Memminger Bauordnung 21, Hamburger Stadtrecht von 1603, 2, 20 Art. 8, Lübisches Recht 3, 12 Art. 7, cf. hierzu auch Huber S. 11 ff. Schon der Schwabenspiegel enthielt das Verbot, dem Nachbarn das Licht zu verbauen.

Gedanken des Neidbaus durch analoge Anwendung zu einem allgemeinen Prinzip: Gierke[64]) sagt hierüber: „Nach deutscher Anschauung kann die Rechtsordnung dem Mißbrauch der Rechte dann nicht mit verschränkten Armen zusehen, wenn derselbe entweder durch ein Uebermaß von selbstsüchtiger Ausnützung einer Befugnis das gemeine Wohl gefährdet oder durch nutzlose Schädigung anderer dem Zwecke des Rechts Hohn spricht. . . Sodann zielen zahlreiche gesetzliche Einschränkungen des Gebrauchs der einzelnen Rechte auf Verhütung ihres Mißbrauchs, worin ein scharfer Gegensatz des deutschen Rechts zum römischen Recht hervortritt. Und **allgemein** ist der Mißbrauch der Rechte zur Schikane unzulässig. . . Dieser Satz . . . muß auf Grund beständiger deutscher Uebung für gemeinrechtlich erachtet werden.“[65])

Der Gegensatz zum römischen Recht aber war es, der die Juristen dazu trieb, die deutsche Auffassung schon in die römischen Quellen hineinzulegen. Das führte zu der Auslegung der Quellenstellen, die in der Hauptsache im Vorhergehenden besprochen und kritisiert wurde, und der Ansicht, daß das Schikaneverbot bereits auf römisch-rechtlichem Boden erwachsen sei.

Mag man nun leugnen, daß das Schikaneverbot, speziell das Verbot des Neidbaus, deutschen Ursprungs sei, mag man ferner zu dem Resultat kommen, daß auch die römischen Quellen keinen Beleg für derartige Bestimmungen enthalten, soviel ist sicher, daß nach der Rezeption Theorie und Praxis bis zu Anfang des 18. Jahrhunderts damit gerechnet haben, sodaß wenigstens die Möglichkeit der Annahme eines Gewohnheitsrechtes in dieser Zeit zugestanden werden muß; denn die hierzu (neben der Uebung) erforderliche opinio necessitatis geht aus dem Niederschlag hervor, den das Verbot des Neidbaus in einzelnen der bereits genannten, erst nach der Rezeption kodifizierten Stadtrechten fand. Von einem generellen Schikaneverbot ist hier allerdings noch nicht die

---

[64]) Deutsches Privatrecht 1 S. 319.

[65]) Siehe auch Beseler, Deutsches Privatrecht § 93.

Rede. Ein solches finden wir zuerst bei Samuel Strykius.[66]) Nur langsam gewinnt diese Anschauung an Boden, sodaß erst im 19. Jahrhundert meist von einem allgemeinen Schikaneverbot gesprochen wird.

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts aber war bereits der Verfasser einer unter Thomasius' Vorsitz in Halle verteidigten Dissertation über: Non-ens actionis forensis contra aedificationem ex aemulatione zu dem Resultat gelangt, daß sich ein Schikaneverbot (Neidbau) aus den römischen Quellen nicht ableiten lasse. Indes erst seit Anfang des 19. Jahrhunderts mehren sich die Stimmen, welche diese Auffassung gutheißen und weitergehend jeglichem Schikaneverbot die Berechtigung absprechen.[67]) Man könnte infolgedessen, zumal auch die Gerichte sehr vorsichtig waren in der Anwendung des Verbots, beinahe auf den Gedanken kommen, es habe Gewohnheitsrecht das früher geltende Gewohnheitsrecht abgelöst, da doch auch hier der Satz gilt: lex posterior derogat priori: Immerhin wird es an der hierfür erforderlichen opinio necessitatis fehlen, da sich nicht allein eine große Anzahl der bedeutendsten Juristen des 19. Jahrhunderts für die Geltung des Schikaneverbots im gemeinen Recht ausgesprochen haben, sondern auch gelegentlich die Judikatur.[68]) Wenn man allerdings wie Blümner u. a. m. die ergangenen Entscheidungen durchweg so auslegt, daß sie die Geltung eines Schikaneverbots verneinen, so liegt der zuvor ausgesprochene Gedanke nicht allzu fern.

---

[66]) De aemulatione iuris 1678, erste monographische Bearbeitung des Rechtsmißbrauchs.

[67]) Vor allem Ihering, Jahrb. 6 II S. 103. Vgl. auch Entscheidung des OAG. Darmstadt v. 24. Aug. 1875 in Seuffert 31, 118; ferner Seuffert 21, 192; 23, 205; 26, 19; 29, 119. Besprechung der einzelnen Entscheidungen siehe bei Blümner S. 115 ff., Knuth S. 38 ff.

[68]) Seuffert 35, 273. Pernice, Vangerow, Arndt, Dernburg, Windscheid, Wendt etc.

IV.

Das preußische Recht enthält im Gegensatz zum gemeinen Recht ausdrückliche, gegen böswilligen Rechtsmißbrauch gerichtete Vorschriften. Zwar wird bestritten, daß diese Vorschriften ein einheitliches Prinzip enthalten, aber wir glauben, die einschlägigen Bestimmungen geben selbst die richtige Antwort:

ALR. I, 6 § 36: Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen.

§ 37 eod.: Er muß aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellt, daß er unter mehreren möglichen Arten der Rechtsausübung seines Rechts diejenige, welche dem Andern nachteilig wird, in der Absicht, denselben zu schädigen, gewählt habe.

Und speziell für das Eigentum — eigentlich eine Wiederholung[69]) — ausgedrückt:

ALR. I,. 8, § 27: Niemand darf sein Eigentum[70]) zur Kränkung oder Beschädigung anderer mißbrauchen.

---

[69]) Der Grund hierfür liegt vielleicht in der durch das römische Recht zur Geltung gebrachten Auffassung von der Unbeschränktheit des Eigentums.

[70]) Zu beachten ist, daß das preußische Recht auch ein Eigentum an Rechten kennt (vgl. ALR. I, 8 § 1), daß daher den oben zitierten §§ 27, 28 allgemeinere Bedeutung zukommt.

§ 28 eod.: Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann.

Daß in letzteren Vorschriften nur vom Eigentum die Rede ist, vermag die Allgemeinheit der ersteren nicht zu entkräften. (Siehe Anm. 69). Man wird sich daher ohne Bedenken der herrschenden Auffassung anschließen dürfen, daß „das ALR. jeder mißbräuchlichen Ausübung des Rechts den Rechtsschutz versagt" m. a. W. ein allgemeines Schikaneverbot enthält.[71])

[71]) Leske S. 113 § 39 I. Siehe auch Dernburg, Preuß. Privatrecht I § 35 S. 73 und RG. in Gruchot Bd. 32, No. 57 S. 939; Bd. 35 No. 61 S. 946; Bd. 39 No. 85 S. 1029.

V.

Bevor wir zum Kern unserer Betrachtung, dem § 226 BGB., übergehen, müssen wir noch mit einigen Worten beleuchten, welche Stellung die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs der Schikane gegenüber eingenommen haben.

Ein allgemeines Schikaneverbot wurde in den E I nicht aufgenommen, auch noch nicht in den E II, obwohl bereits viele Stimmen laut wurden, die zumal unter Hinweis auf das preußische ALR. die Forderung darnach erhoben. Wohl hatte man in den ersten beiden Entwürfen des BGB. versucht, den dem jetzigen Paragraphen 226 und anderen Bestimmungen innewohnenden Billigkeitsgedanken durch Beschränkung der einzelnen Rechte, bei denen Kollisionen zu befürchten waren, also besonders der dinglichen Rechte, zum Ausdruck zu bringen. Man ging dabei von der allgemeinen Erwägung aus, daß die Rechtsordnung keine Sittlichkeitsordnung sei und sich daher darauf beschränken müsse, bei der Ausgestaltung der einzelnen Rechtssätze diesen Gedanken, soweit angängig, zu berücksichtigen.[72]) Vor allem fürchtete man auch, durch ein allgemeines Schikaneverbot sowie durch Aufnahme einer exceptio doli generalis „an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters zu setzen und die Grenze zwischen Recht und Moral zu verwischen.“[73]) Selbst E III zeigte sich einem allgemeinen Schikaneverbot

---

[72]) Siehe Planck zu § 226 I. Eingehend würdigt Bode S. 18 ff. die Stellungnahme der einzelnen Entwürfe.

[73]) Mugdan S. 796 f.

noch nicht günstig gesinnt; doch wurde durch Bundesratsbeschluß für das Eigentum in § 887 Abs. 2, dem Vorläufer des § 226, eine Bestimmung aufgenommen, deren Ursprung auf den oben erwähnten § 27 ALR. I, 8 zurückgeht:

Eine Ausübung des Eigentums, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen, ist unzulässig.

Die Reichstagskommission indes nahm trotz der Bedenken der Regierungsvertreter eine allgemeine Bestimmung dieses Inhalts auf, „da es sich um eine Frage allgemeiner, nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkter Bedeutung handele", man stützte sich zugleich darauf, daß dies „der gemeinrechtlichen Theorie entspreche."[74]) So wurde in § 226 BGB. die Bestimmung Gesetz: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen."

---

[74]) Mugdan S. 973.

VI.

Wir prüfen zunächst die einzelnen Voraussetzungen des § 226.

1. § 226 beginnt: „Die Ausübung eines Rechts . . .“ Das setzt zunächst voraus, daß Jemand, eine vom Recht mit Rechtsfähigkeit begabte Person (d. h. Einzel- oder juristische Person) „ausübt“. Möglich ist selbstredend eine Ausübung der Rechtspersönlichkeit durch ein Rechtsobjekt, z. B. ich lasse meine Tiere auf der Wiese des Nachbarn weiden.[75]) Weiter muß ein „Recht“ ausgeübt werden. Das heißt keineswegs, daß hier nur Vermögensrechte in Frage kommen. Vielmehr besitzt § 226 Geltung für das gesamte Privatrecht, sodaß es auch belanglos ist, ob das zu beurteilende subjektive Recht auf Reichs- oder Landesgesetzesrecht fußt oder ob Gewohnheitsrecht dessen Quelle ist.[76]) Aus Art. 30 EG. BGB. folgt ferner, daß § 226 auch dann herangezogen werden darf, wenn im übrigen ausländisches Recht anzuwenden ist, da ein die Schikanefreiheit begünstigendes Recht unsrer Anschauung nach gegen die guten Sitten verstößt.[77]) — Sodann

---

[75]) Hirsch S. 45 ff.

[76]) Ramdohr S. 808.

[77]) Das ist gar nicht so zweifelhaft, wie Martin S. 48 Anm. 4 im Gegensatz zu Nast S. 59 betont; denn die dem § 226 unterfallende Rechtsausübung, enthält, wie wir sehen werden, einen groben Verstoß gegen die guten Sitten. (§ 826 BGB.) Deshalb ist der Rückschluß, daß ein diese Rechtsausübung billigendes Recht nach deutscher Anschauung dadurch gegen die guten Sitten verstößt, durchaus berechtigt. Andererseits ist auch die Begründung Martin's, die Zulassung der Schikane durch ausländisches Recht verstoße gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes (siehe die Vorgeschichte des § 226), nicht von der Hand zu weisen.

ist hier nur noch die Frage zu streifen, ob der Besitz auch hierher gehört. Wir fassen ihn als Recht auf, womit die Frage beantwortet ist.[78]) Aber auch die Gegner dieser Auffassung kommen zu dem gleichen Resultat; denn wenn irgendwo, so erscheine es hinsichtlich des § 226 angemessen, Rechtsgrundsätze auf den „als Nichtrecht behandelten Besitz" zu übertragen.[79])

Das Gesetz hat den Begriff der Rechtsausübung nicht definiert. In der Wissenschaft hat man sich daher lebhaft bemüht, die bedeutungsvolle Frage zu lösen. Im Ergebnis stehen sich grundsätzlich zwei Richtungen einander gegenüber: die formellen Definitionen, d. h. diejenigen, die nur auf die äußere Tätigkeit des Berechtigten abzielen, und diejenigen, die sich mit dem Inhalt der Ausübungsmöglichkeiten befassen.

Wenn ich ein Recht ausübe, so heißt das zunächst nur soviel: ich bewege mich im Rahmen der durch ein Recht gewährten Befugnisse;[80]) oder, wenn man darauf zurückgreift, daß das subjektive Recht — nur um solches handelt es sich hier — ist entweder eine Beziehung einer Person zu einer andern Person (relatives Recht) oder zu einer Sache (absolutes Recht), so illustriert folgendes Bild den Begriff der Rechtsausübung: ich bewege mich auf der verbindenden Linie, die das Recht zwischen zwei Punkten zieht, einer Person und einem Ziel. Der Anfangspunkt liegt in der Person, latent, sofern diese nicht tätig wird, sich auf das Ziel zuzubewegen, das Ziel (Person oder Sache) ist der Endpunkt. Darüber hinaus kann sich das Recht als Recht

---

[78]) Die Begründung würde zu weit führen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß der Besitz vererblich ist und daß, so gut es ausnahmsweise ein Recht (Pfandrecht) an Früchten auf dem Halme gibt, Besitz an wesentlichen Bestandteilen juristisch haltbar ist.

[79]) Ramdohr S. 807.

[80]) Aehnlich Hirsch S. 45: Ausübung eines Rechts sind die Handlungen einer Person, zu denen diese durch Zuteilung des Rechts durch die Rechtsordnung ermächtigt ist.

nicht bewegen. Das eine Recht erschöpft sich im einmaligen Durchlaufen der Linie, so die meisten obligatorischen Rechte, während bei andern, den dinglichen Rechten, unzählige von einem Mittelpunkt (Person) ausgehende Linien zu denken sind, die durch einen Kreis begrenzt werden. Alle bis zur Peripherie reichenden Betätigungen der Person, die rechtlich relevant sein können, stellen sich als Rechtsausübung dar.

Hieraus folgt zweierlei: daß die Rechtsausübung vorhandene Rechte voraussetzt und daß in der Regel Handlungen des Berechtigten, die in die Erscheinung treten, notwendig sind, damit das Recht in das Stadium der Ausübung tritt. Es kommen zunächst also nicht in Frage die auf Begründung eines Rechts gerichteten Handlungen, sofern diese nicht von der Rechtsordnung als besondere Rechte anerkannt sind, oder Ausfluß anderer Rechte sind.[81]) Wir sagten ferner, daß in der Regel Handlungen des Berechtigten notwendig seien, die derart sein müßten, daß sie in die Erscheinung treten. Ob ein Unterlassen Gegenstand der Rechtsausübung sein kann, darauf werden wir noch zurückkommen. Zunächst noch ein Wort von den Handlungen. Sie müssen inhaltlich Ausdruck eines Rechts sein. Das unterscheidet sie von den gewöhnlichen Handlungen. Nicht notwendig ist es, daß der Ausübende mit Rücksicht auf ein bestimmtes Recht handelt, es genügt die objektive Verlautbarung des Inhalts, sodaß selbst ein allgemeiner Rechtsausübungswille nicht gefordert werden kann.[82]) Selbstverständlich kann aber nur dann von Rechtsausübung die Rede sein, wenn der Ausübende gerade

---

[81]) Blümner S. 164, ähnlich Ramdohr S. 808, der jedoch die Handlungen, welche sich als Ausübung eines andern Rechts darstellen, nie dem § 226 unterwerfen will, weil stets ein Interesse bei Erwerb eines Rechts vorhanden sei. Ohne weiteres vermögen wir nicht zuzustimmen, von der Erwägung ausgehend, daß im konkreten Fall der Erwerb eines Rechts dem Erwerber nur lästig sein könnte. Ob der Schaden des § 226 aber die Folge eines Rechtserwerbs ist, ist gleichgültig, und die bloße Tatsache, daß man durch das Recht ein Mehr habe, also ein Interesse, geht u. E. zu weit.

[82]) Hirsch S. 53.

Berechtigter ist und er die durch das Recht verliehene Fähigkeit besitzt, rechtswirksame Rechtsausübungen vorzunehmen. Sinnlich wahrnehmbare Tätigkeit forderten wir also, nicht tatsächlich wahrgenommene, sondern nur objektiv wahrnehmbare. Daß regelmäßig nur Tätigkeit, also positives Handeln Voraussetzung der Ausübung ist, dafür spricht zunächst schon der Sprachgebrauch, an den sich der Gesetzgeber vernünftigerweise anlehnen wird, will er nicht ein bloßes Juristenrecht schaffen. „Handeln" d. h. nicht bloß körperliches Handeln, sondern auch die gesamte Sinnentätigkeit, nicht dagegen rein seelische Vorgänge.[83]) Diese sind regelmäßig garnicht wahrnehmbar und bilden für Handlungen meist nur das Motiv. Letzteres wird vom Gesetzgeber nur in seltenen Fällen berücksichtigt und nur im Hinblick auf Handlungen.[84])

Sintenis[85]) hat die Meinung ausgesprochen, auch in ruhendem Zustande sei Rechtsausübung möglich; er ist deshalb besonders von Blümner lebhaft bekämpft worden. Recht hat Blümner zweifellos, wenn er sagt, es sei nur zweierlei möglich: entweder befinde sich ein Recht in der Ruhe d. h. es werde nicht ausgeübt,[86]) oder aber es trete in ein anderes Stadium, das der Ausübung. Nun gibt es doch zu denken, daß Sintenis selbst sagt,[87]) daß in seiner Begriffsbestimmung der Rechtsausübung liege, daß diese eine Handlung sei, und weiter[88]) daß jedes Recht, „zunächst als ein

---

[83]) Koch S. 13, Blümner S. 161.

[84]) z. B. bei Vergleich, Testament.

[85]) S. 232 f.

[86]) Hirsch S. 143 ff. spricht von Ruhen eines Rechts nur da, wo entweder die Ausübung tatsächlich unmöglich ist, oder wo die Ausübung rechtlich unzulässig ist. Die von uns als Ruhen bezeichneten Zustände definiert er genauer als „ausübbar." Wir geben zu, daß H. den Sprachgebrauch des Gesetzes (z. B. die elterliche Gewalt ruht; das Verfahren ruht) für sich hat. In der Literatur ist aber Ruhen des Rechts in unserm Sinne allgemein anerkannt.

[87]) S. 232 Anm. 1 zu § 27.

[88]) S. 233.

ruhender Begriff“ erscheine. Die Ausübung (vor allem im Sachenrecht) „trete äußerlich oft gar nicht hervor.“ Hieran knüpft Blümner eine längere Polemik gegen Sintenis und bezichtigt ihn des wiederholten Widerspruchs. Die zitierten Aeußerungen lassen sich aber ganz gut deuten, ohne daß Sintenis der Vorwurf des Widerspruchs zu machen ist. Die ersten beiden Behauptungen entsprechen vollkommen unsern bisherigen Ausführungen. An die letztgenannte, daß die Ausübung äußerlich oft gar nicht hervortrete, knüpft Blümner die Bemerkung: „Also doch Ausübung ohne Handlung.“ Das scheint, aus dem Zusammenhang gerissen, vollkommen richtig. Aber Sintenis spricht im Vorhergehenden davon, daß die „Aeußerungen jedes Rechts durch sein Wesen bezeichnet sind, im besondern durch die Eigentümlichkeit der Rechtsverhältnisse. In dieser Beziehung . . . trete die Ausübung äußerlich oft gar nicht hervor.“ Sehr richtig! Man denke nur an Kontrahieren mit sich selbst; soweit dies erlaubt ist, braucht das zunächst gar nicht äußerlich hervorzutreten. Gleichwohl wird niemand bestreiten, daß hier ein Handeln vorliegt, das objektiv wahrnehmbar wird, sobald irgend welche Rechtsfolgen daran geknüpft werden sollen. Dann tritt die Rechtsausübung als solche freilich erst in die Erscheinung. Deshalb wird man in der Regel — und im Interesse der Verkehrssicherheit ist dies notwendig — die Rechtsausübung in dem Hervortreten der Folgen erblicken, wenn nämlich „für den Berechtigten ein tatsächlicher Zustand in der äußeren Welt hergestellt ist, in dem sich der Berechtigte bewegt oder woran er festhält.“[89]) Letzteres scheint vor allem auch auf Unterlassungen hinzudeuten.[90]) Das drängt zu der Frage, ob Rechtsausübung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Da es sich um

---

[89]) Sintenis S. 233.

[90]) Hierauf hat schon Martin S. 63 f. hingewiesen, der im übrigen Blümner folgt, aber aus letzterem Grund die Behauptung Blümner's, Sintenis widerspreche sich, jedenfalls nicht für einwandfrei hält.

Rechtsausübung handelt, kann nur in Frage kommen ein Recht auf eine Unterlassung, wo sonst eine Pflicht zum Handeln besteht. Der Pflicht zum Tun tritt also das Unterlassungsrecht entgegen, z. B. bei einem dauernden Dienstverhältnis, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig in Anspruch nimmt, räumt der Berechtigte dem Verpflichteten das Recht ein, daß er an bestimmten Tagen frei sein soll (berechtigt, seine Dienste zu unterlassen); oder bei einer Grunddienstbarkeit hat der Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Anlage zu unterhalten und wird dann von dem Berechtigten dieser Unterhaltungspflicht in gewissen Grenzen entbunden. (Vgl. auch § 550 BGB.) Wir müssen insoweit auf die Ausführungen Martin's verweisen,[91]) der vor allem hervorhebt, daß von dem Recht auf ein Unterlassen wohl zu scheiden sei die Unterlassung der Willensbetätigung, zu der mich mein Recht befugt: ich mache die Forderung nicht geltend, ich esse meinen Apfel nicht. Dies sind gerade die typischen Fälle, wo sich das Recht im Zustande des Ruhens befindet. Wollte man nicht so schließen, so käme man dahin, daß ein Ruhezustand des Rechts nicht existierte, somit auch ein Unterschied zwischen Ausübung und Ruhezustand nicht zu finden wäre.[92])

Hirsch[93]) bezeichnet als besonders hierher gehörig die Fälle, wo einer Person eine Benachrichtigung zur Pflicht gemacht wird, die jedoch dann entfällt, wenn sich die Mitteilung als „untunlich" erweist.[94]) Er konstruiert hieraus ein Recht auf eine Unterlassung. Doch liegt u. E. der Fall hier anders. Hirsch übersieht, daß das Gesetz hier kein Recht

---

[91]) S. 63 ff.; vgl. auch Dernburg, Pand. I § 41.

[92]) Wenn das Gesetz aber von Rechtsausübung spricht, so ist wohl der Schluß nicht unberechtigt, daß es gegenüber der Ausübung einen Zustand geben muß, wo sich das Recht nicht in diesem Stadium befindet d. i. der Ruhezustand.

[93]) S. 46 f.

[94]) oder „unterbleiben darf" etc. Vgl. z. B. BGB. § 374 II.

auf eine Unterlassung begründet, sondern sagt, daß in diesen Fällen überhaupt keine Pflicht besteht. Aus einer Nichtpflicht kann man aber noch kein Recht auf eine Unterlassung machen. —

Von Versuchen, den Begriff der Rechtsausübung nach dem Inhalt des Rechts abzugrenzen, sind namentlich die von Dernburg und Regelsberger zu berücksichtigen.

Dernburg, Pand. 1 S. 92 sagt: „Ausübung der Rechte ist die Ausnutzung mittels Handelns und Unterlassens," und zwar Ausnutzung durch Genuß der durch die Rechte gewährten Lebensgüter, durch außergerichtliche Geldentmachung und gerichtliche Verfolgung.

Regelsberger, Pand. § 54 S. 228 sagt: „Der Zweck der Rechte ist, den Genuß eines Lebensgutes oder einer Lebensaufgabe zu sichern. Wer die in den Rechten enthaltene Befugnis, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zur Erreichung jenes Zieles diensam sind (uti frui imperare veterare) und das Recht wider den Gegner geltend zu machen (interpellare persequi) betätigt, der übt die Rechte aus."

Blümner[95]) bekämpft diese Auffassung besonders im Hinblick darauf, daß eine außergerichtliche Geltendmachung nicht als Rechtsausübung anzusehen sei. Er führt zum Beweise seiner Ansicht einige Beispiele an, die indes keineswegs zu überzeugen vermögen.[96])

In der Sache selbst ist davon auszugehen, was unter Genuß zu verstehen ist. Gemeinhin versteht man darunter sowohl ein Sichfreuen, eine nicht in die Erscheinung tretende Seelentätigkeit, als auch das Sichaneignen von irgendwelchen Lebensgütern, die irgend einen Wert repräsentieren. Letzterer

---

[95]) S. 157 ff.

[96]) Vgl. hierzu Nast S. 42 und Martin S. 54 ff., denen im allgemeinen beigepflichtet werden kann. Zur Ergänzung vgl. die folgende Darstellung.

Genuß wird regelmäßig mit ersterem Hand in Hand gehen, ersterer kann aber auch gesondert vorkommen. Wenn ideale Werte vom Recht auch vielfach geschützt werden, so sind sie als subjektive Rechte gewöhnlich nicht anerkannt. Sie scheiden also insoweit aus. Die Definition von Genuß eines Rechts wird daher zu lauten haben: Genuß ist Aneignung bezw. Verwertung der Substanz der durch ein Recht gewährten Vorteile. Daraus folgt, daß hierher nicht gehört die Geltendmachung, einerlei ob gerichtliche oder außergerichtliche, da diese nur darauf gerichtet ist, die Aneignung bezw. Verwertung zu ermöglichen, also gewissermaßen Vorbereitungshandlungen hierfür sind. Damit ist keineswegs schon gesagt, daß sie keine Rechtsausübungen sind. Meist wird durch die außergerichtliche Geltendmachung unter Berufung auf das Recht dasselbe Ziel verfolgt wie mit gerichtlicher Verfolgung. Freilich wird erstere oft weitergehen, als durch letztere zu erreichen möglich ist.[97]) Das fällt dann oft schon ganz aus dem Rahmen des Rechts. Aber ob ich durch gerichtliche Inanspruchnahme oder durch bloße außergerichtliche Aufforderung an den Verpflichteten erreiche, daß mir die Vorteile des anerkannten Rechts zufließen, ist im Erfolg fraglos ganz gleichgültig. Daraus, daß im einen Fall staatliche Machtmittel auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung dies Ziel erreicht haben, im andern nicht, kann keineswegs die Folgerung gezogen werden, hier liege Rechtsausübung vor, dort aber nicht. Die Klagbarkeit stellt sich dar als die formale Seite des materiellen Rechts (nicht aller Rechte), aber eben als eine Seite des Rechts, und wenn ich von ihr Gebrauch mache, so übe ich eben das Recht aus. Das Gleiche muß entsprechend für außergerichtliche Verfolgung gelten, wenn auch eine gesetzliche Regelung hierfür nicht vorhanden ist, sich auch erübrigt, weil der Inhalt des Rechts die rechtliche Grenze bildet. Wie sich die Klage unmittelbar gegen den

[97]) z. B. Einfordern einer Naturalobligation, Selbsthilfe.

durch das Recht Verpflichteten richten muß,[98]) so auch die außergerichtliche Geltendmachung, da es nicht mehr zum Inhalt des Rechts gehört, gegen einen beliebigen Nichtverpflichteten zu klagen, wie sich daraus ergibt, daß hier absolutio ab instantia wegen mangelnder Passivlegitimation erfolgen muß.

Einen Unterschied in der Behandlung erachten wir daher für nicht berechtigt. Wenn Blümner weiter behauptet, die beiden zitierten Definitionen seien auch insoweit verfehlt, als speziell durch die Dreiteilung der Rechtsausübung in Genuß, gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung das Was nicht beantwortet werde, sondern nur das Wie, so ist das nur teilweise richtig; denn für zwei Gruppen ist damit die Frage, „was" Rechtsausübung sei, beantwortet, und zwar präzis: die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung. Hinsichtlich letzterer können wohl gelegentlich hie und da, wie oben angedeutet,[99]) Zweifel entstehen. Richtig ist dagegen Blümner's Auffassung bezüglich des Genusses; denn was Genuß eines Rechts ist, also Rechtsausübung, ist ebenso unbestimmt, wie der Begriff gerichtlicher Geltendmachung bestimmt ist. Das sind aber gerade die Hauptanwendungsfälle.

Den den Genuß in den Vordergrund stellenden Definitionen der Rechtsausübung ist Thon[100]) entgegengetreten mit der Behauptung, Genuß sei überhaupt keine Rechtsausübung, sie könne nur in der Geltendmachung des Rechtsgebots gegenüber dem Verpflichteten erblickt werden; der Genuß sei nicht Inhalt (nur Zweck) des Rechts, weil das Recht ihn selbst nicht gewähre, sondern nur schütze. Wir lassen uns auf die hinlänglich oft kritisierte Thon'sche Lehre nicht

---

[98]) Von den gesetzlichen Ausnahmen ist hierbei abgesehen.

[99]) Es handelt sich dann aber um die Frage, ob noch außergerichtliche Geltendmachung vorliegt, nicht aber um die, ob die außergerichtliche Geltendmachung Rechtsausübung ist. Vgl. S. 43 und Anm. 97 daselbst.

[100]) Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 288 ff.

näher ein und erwähnen nur Folgendes: ebensowenig wie sich philosophisch etwas gegen die Theorie einwenden ließ, daß einer Rechtsausübung stets ein Interesse innewohne, weshalb ein Schikaneverbot der inneren Berechtigung entbehre,[101]) ist auch gegen Thon etwas einzuwenden, wenn er sagt: die Rechte sind zunächst nur zum Schutz des Genusses gegeben, also ist der Genuß das Ursprüngliche, das Recht kommt erst hinterher und verteidigt oder erzwingt ihn; der Genuß ist also keine Folge des Rechts. Andererseits wird durch das Recht nicht allein das „Nichtdürfen" fixiert, sondern vor allem auch, was auf Grund eines bestimmten Rechts erlaubt ist, und dahin gehört vornehmlich der Genuß. Endlich widerspricht die Thon'sche Auffassung dem Sprachgebrauch des Gesetzes. Wenn beispielsweise nach § 1020 BGB. der Servitutberechtigte bei „Ausübung der Dienstbarkeit" das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen hat und durch § 1036 für die „Ausübung des Nutzungsrechts" (Nießbrauch) ein ähnlicher Gedanke ausgesprochen ist, so ist hier gerade von Genußhandlungen die Rede.[102])

Gleichwohl lehnen wir die den Inhalt des Rechts betonenden Definitionen der Rechtsausübung ab. Der Inhalt eines jeden Rechts ist verschieden von dem des anderen und abgesehen hiervon der Inhalt eines jeden Rechts für sich, zumal des dinglichen, ein äußerst mannigfaltiger. Auch allgemein gehaltene Wendungen werden der Fülle des Rechtsinhalts nicht gerecht. Das Leben ist unerschöpflich und vermag immer neue, vorher ungeahnte Ausnutzungsmöglichkeiten hervorzubringen. Daher verdienen die formellen Definitionen den Vorzug.

Es bleibt uns noch übrig, einige besonders streitige Punkte hervorzuheben.

---

[101]) Oben S. 7 f.

[102]) Im übrigen siehe Hirsch S. 85—88, Blümner S. 165 ff, Martin S. 57 f.

Ist zunächst die Leistungsannahme Rechtsausübung? In der Leistungsannahme liegt eine Verfügung, die Aufgabe des Forderungsrechts. Eben weil dieses durch die Leistung untergeht, fehlt es nicht an Stimmen, welche die Frage verneinen. Gleichwohl müssen wir sie bejahen. Die Aufgabe des Forderungsrechts geschieht nur, weil durch die Leistung der Inhalt des Rechts erfüllt wird, an die Stelle des alten Rechts tritt ein neues, das Recht an der Leistung (Eigentum etc.). Man läßt sich also zur Erreichung des Zweckes des Rechts die Vorteile desselben zugute kommen, d. h. mit der Erfüllung genießt man das Recht. Daß es im Moment der Erfüllung untergeht, beweist nichts. Man verbraucht das Recht gewissermaßen, wie man sein Eigentum genießt, wenn man einen Apfel ißt.[103]) Das sind analoge Fälle. Sahen wir den Genuß als Rechtsausübung an, so ist dies einfach ein Anwendungsfall der Regel, und zwar für die obligatorischen Rechte ein Hauptanwendungsfall.[104]) Wir müssen also die Frage, ob in der Leistungsannahme eine Rechtsausübung zu erblicken ist, in bejahendem Sinne beantworten.

Die beiden folgenden zu berücksichtigenden Fälle reihen sich hier gut an, weil auch bei ihnen eine Verfügung vorliegt. Während aber dort die Verfügung als Folge der Annahme nur eine sekundäre Rolle spielt, tritt sie hier in den Vordergrund. Hier gipfelt der ganze Akt in der Verfügung, und die Sache ist hier prinzipiell insofern anders, als das Recht seiner vollen Substanz nach erhalten bleibt.

Ganz allgemein ist behauptet worden, die Zession sei ein von dem durch die Verfügung betroffenen Recht besonderes

---

[103]) Dieser Ansicht ist wohl auch Crome I S. 529, wenn er allgemein sagt: „Diese Rechte (Forderungsrechte) sind überwiegend, solange sie bestehen, in einem Zustand der Nichtbefriedigung, die Ausübung aber hebt sie zugleich mit auf.“ Hauptfall ist Leistung, also wäre in der Leistungsannahme Ausübung des Rechts zu sehen.

[104]) Blümner S. 194 ff., Goldenberg S. 91.

Recht.[105]) Diese Ansicht ist mit sehr verschiedener Begründung bekämpft worden, so insbesondere von Blümner. Dem Kern der Sache kommt nahe Martin,[106]) wenn er sagt: Blümner übersehe, daß die „allgemeinen Rechtsgrundsätze, auf die er sein Verfügungsrecht als allgemeines (von dem speziellen Recht getrenntes) Recht gründet, nur die allgemeinen Eigenschaften der Einzelrechte bestimmen, aber doch nicht besondere Rechte selbst begründen sollen." Damit ist die Sache aber noch nicht erledigt. Die Ausführungen Martin's deuten auf das Gesetz hin. Daß das Gesetz aber die Verfügung als allgemeine Eigenschaft der Einzelrechte ansieht, geht daraus hervor, daß es jedesmal ausdrücklich bestimmt, wenn es aus irgend welchen Gründen, die hier nicht näher interessieren, die Verfügung versagt oder beschränkt. Wenn es das ausdrücklich tut,[107]) so muß man doch annehmen, daß es das Entgegengesetzte, nämlich die Verfügungsmöglichkeit, als Regel ansieht, die jedem Recht zukommt.

Jetzt interessiert die weitere Frage, ob die Verfügung in ihrer Allgemeinheit als Rechtsausübung anzusehen ist. Wenn das Recht grundsätzlich nur die Verfügung respektiert, welche gerade der Berechtigte vornimmt, so sagt es damit doch, daß es an die Verfügung diese Wirkung knüpft, weil gerade der Verfügende Subjekt des Rechts ist.[108]) Blümner[109]) dagegen gelangt zur Verneinung, weil er von seiner Definition der Rechtsausübung — „jemand übt sein Recht aus, indem er den seinem Recht entsprechenden Zustand herstellt" — ausgehend sagt: dadurch, daß ich das Recht übertrage, stelle ich diesen Zustand nicht für mich her, sondern gewähre dem Zessionar die Möglichkeit hierfür. Dabei wird übersehen,

---

[105]) Blümner S. 194 ff., Goldenberg S. 91.

[106]) S. 60.

[107]) z. B. bei Nießbrauch, Verwaltung und Nutznießung des Mannes.

[108]) Hirsch S. 82 ff.

[109]) Blümner S. 195.

daß jedem Recht ein Wert innewohnt.[110]) Wenn ich mir diesen Wert in irgend einer Form zu Nutze mache, so stelle ich für mich einen dem Recht entsprechenden Zustand her, so übe ich das Recht aus. Das trifft aber nicht allein bei der entgeltlichen Verfügung zu, sondern auch bei der Schenkung; denn diese verlangt eine Verminderung des Vermögens des Schenkers, und für diesen Zweck nutzt er das Recht aus. Entsprechendes oder Aehnliches gilt für Vernichtung der eignen Sache etc. Setzen wir das gewonnene Ergebnis nun in Beziehung zu § 226 BGB., so wird man mit Rücksicht auf die später zu prüfenden Voraussetzungen des § 226 BGB. sagen müssen, daß die Zession, namentlich die entgeltliche, nur selten schikanös sein kann, weil ihr in aller Regel ein schutzwürdiges Interesse eigentümlich sein wird.[111]) — Gleichwohl war die Frage hier zu behandeln, da wir uns zunächst ganz allgemein um den Begriff der Rechtsausübung mühen.

Die letzten in diesem Zusammenhang zu erörternden Fragen sind die, ob zur Rechtsausübung ein Ausübungswille gefordert werden muß, ob in concreto also auch der Geisteskranke etc. Rechte ausüben kann, und ob Ausübungshandlungen des Nichtberechtigten als Rechtsausübung anzusehen sind.

Hirsch[112]) behauptet, „auch der Wille, irgend ein Recht zu betätigen, ist regelmäßig nicht zur Rechtsausübung zu fordern", aus dem Gesetz sei ein anderer Anhalt nicht zu gewinnen, während Blümner[113]) sagt: „Die Rechtsausübung erfordert das Bewußtsein, daß der Genuß als Recht aus-

---

[110]) Dies darf man ebenso gut als allgemeine Eigenschaft des Rechts bezeichnen, wie etwa die Klagbarkeit (regelmäßig) allgemeine Eigenschaft ist.

[111]) Auch andere Rechtsausübungen können kaum oder nie schikanös sein, so z. B. die Leistungsannahme.

[112]) Hirsch S. 53 f.

[113]) S. 180; vgl. aber auch S. 176 ff., 180 ff.

geübt werde.“ Er kommt daher zu dem Resultat, gegen das sich jedes Gefühl sträubt: wenn der Reiter einschläft, so verwandelt sich seine bisherige Rechtsausübung in ein gewöhnliches Tun, und wenn er wieder erwacht, so lebt die Rechtsausübung wieder auf.[114])

Grundsätzlich muß Folgendes festgehalten werden. Im allgemeinen läßt das Gesetz nur Rechtsausübungen solcher Personen zu, die es für fähig hält, Rechte auszuüben. Kindern unter 7 Jahren erkennt es damit nicht die Willensfähigkeit ab, sondern erklärt sie nur für unfähig, Rechte auszuüben. Deren Handlungen werden daher nur als rein tatsächliche Vorgänge bewertet. Es fordert also weder in der Regel einen Willen, noch sagt es, daß ein Recht ohne Willen (Bewußtsein) ausgeübt werden könne. In BGB. § 104 aber heißt es, wenn sich ein Rechtssubjekt in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande . . . befinde, so sei es nicht in der Lage, rechtlich relevante Vorgänge (Rechtsausübungen) vorzunehmen. Es muß daher (argumento e contrario) genügen, wenn der Rechtsausübende (neben dem erforderlichen Alter) die Willensbestimmung hat, die gesetzlich notwendig ist dafür, daß er Rechte ausüben kann, d. h. die freie Willensbestimmung. Ein besonderer Rechtsausübungswille ist mithin nicht erforderlich. Das richtige Resultat liegt demnach gerade in der Mitte zwischen Blümner's und Hirsch's Ansicht und wird lauten: Der Wille, irgend ein Recht auszuüben, ist nicht zur Rechtsausübung zu fordern, vorausgesetzt, daß das Rechtssubjekt die vom Recht anerkannte Fähigkeit besitzt, Rechte auszuüben, und daß dem Ausüber das Recht zusteht. Die letztere Folgerung trifft allerdings nur zu, wenn wir die weitere Frage, ob nur der Berechtigte Rechtsausüber sein kann, mit Ja beantworten.

Beim Nichtberechtigten liegt nun der Fall gerade so, daß dem scheinbar ein Recht Ausübenden ein Recht nicht zur Seite steht. Gleichwohl knüpft das Gesetz in gewissen Fällen

---

[114]) Ders. Ansicht Martin S. 66.

und unter genau bestimmten Voraussetzungen an die Handlungen der Nichtberechtigten die gleichen Rechtsfolgen wie an Rechtsausübungen der Berechtigten. Ja, es spricht sogar in § 988 BGB. von „Ausübung eines (in Wirklichkeit nicht zustehenden) Rechts“ durch den gutgläubigen Besitzer.[115]) Der Gesetzgeber hat hiermit das Richtige getroffen. Wenn er im Verkehrsinteresse Handlungen Nichtberechtigter dieselbe Wirkung zukommen läßt wie Rechtsausübungen der Berechtigten, so ist es mit Rücksicht auf die Wirkung vollkommen gleichgültig, ob man so oder so sagt. Angesichts der Tatsache, daß das Gesetz allerdings vom „Nichtberechtigten“ spricht und nur im Interesse der Verkehrssicherheit Wirkungen eintreten läßt, die sich äußerlich nur an Rechtsausübungen knüpfen, erscheint es rein theoretisch nicht richtig, in diesen Fällen von Rechtsausübung zu reden.[116])

Resultat: Der Nichtberechtigte ist niemals Rechtsausüber. Daß das Gesetz ausnahmsweise an seine Handlungen die Folgen von Rechtsausübungen knüpft, steht dem nicht entgegen; denn diese Ausnahmebestimmungen sind zum Schutze der Gutgläubigen erlassen und nicht zu Gunsten des Nichtberechtigten.[117]) Für ihn bleibt daher auch die mit Rechtsfolgen belegte Handlung Unrecht.

2. Weitere Voraussetzung für Anwendung des § 226 ist, daß die Rechtsausübung „nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen.“ Heißt das, das subjektive Moment des Handelnden mit Bezug auf die Schädigung ist

---

[115]) cf. auch § 1029.

[116]) Solange im Prozeß die Tatsache, daß jemand Nichtberechtigter ist, nicht vorgebracht wird, ist sie auch nicht zu berücksichtigen: quod non est actum, non est in mundo. Daher wird auch eine Verurteilung des Nichtberechtigten auf Grund des § 226 möglich sein, obgleich das der tatsächlichen Rechtslage dann nicht entspricht, vielmehr regelmäßig die Deliktsklagen angebracht wären.

[117]) Hirsch S. 55 redet nicht unpassend von „Uebertragung der Ausübung.“

ausschlaggebend, oder rein objektiv betrachtet darf ein anderer Erfolg (Zweck) für den Handelnden nicht möglich sein? Das hängt lediglich von der Deutung des Wortes Zweck ab. Die herrschende Lehre steht auf dem von Ramdohr[118]) näher begründeten Standpunkt, daß in § 226 die Fassung des Wortlautes auf die objektive Deutung allein passe.

Ramdohr geht von der Gegenüberstellung von Zweck und Absicht aus. Jedes Handeln setze Motive und einen Entschluß voraus, die Verwirklichung des letzteren sei das Handeln. Dieses wieder bestimme den Erfolg, der entweder vorausgesehen werde oder nicht. „Absicht ist die Vorstellung des Erfolges dann, wenn sie zum Beweggrund des Handelns wird." „Zweck ist die Bestimmung, welche ein Etwas hat"; denn dieser wohne außer faktischen durch menschliche Willensäußerung hervorgerufenen Vorgängen auch leblosen Dingen inne. „Die Ermittelung der Zweckbestimmung erfolgt von einem außerhalb der Person des Bestimmenden befindlichen objektiven Standpunkt . . ." Es genüge daher die rein objektive Möglichkeit, daß der Rechtsausübung sich ein anderer Zweck unterschieben lasse, um die Anwendbarkeit des § 226 auszuschließen.[119]) Ja die objektive Auslegung geht soweit, daß sie § 226 auch dann als ausgeschlossen behandeln will, wenn der andere Zweck ein nicht zu billigender sei;[120]) schließlich liege in der Rechtsausübung als solcher bereits ein Interesse des Berechtigten.[121])

Mit Rücksicht auf die hieraus von der Praxis gezogene Konsequenz,[122]) glaubt Zahn,[123]) man müsse den § 226 mehr in „subjektiver Färbung" verstehen, wofür entscheidend sei

---

[118]) in Gruchot 46, S. 817 ff.

[119]) Vgl. ROLG. V. S. 62 ff.

[120]) RG. vom 7. Juli und 24. Oktober 1900; Plathner, Preuß. Verw.-Bl. 22 S. 542.

[121]) OLG. Stuttgart in Württ. J. Bd. 14 S. 10 f.

[122]) Vgl. Schneidler in Recht 1906 S. 603 ff.

[123]) in Recht 1906 S. 847 f.

das Wort „kann", das vom Standpunkt des Urteilenden soviel heiße, wie: „Diese Handlung kann nach allem, was ich sehe, nur den und den Zweck haben."[124])

Hölder führt uns wieder zurück zu dem richtigen Ausgangspunkt, wenn er sagt: „Zweck ist der Erfolg, um dessentwillen ein bestimmtes Verhalten beobachtet wird."[125]) Er scheint also Zweck stets in Zusammenhang zu bringen mit einem Verhalten. Wenn ein Verhalten beobachtet wird, so setzt das einen Willen voraus, konzentriert sich dieser Wille auf den Erfolg (Schädigung), so liegt Absicht vor.

Ramdohr findet auch im Sprachgebrauch eine gewisse Stütze, sofern man auch von Objekten sagt, daß sie den oder den Zweck haben. Indes diese Stütze wird hinfällig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Beilegung eines Zweckes etwas durchaus Subjektives ist. Ein Zweck wohnt nicht den Dingen inne, sondern wir personifizieren gewissermaßen die Welt der Dinge und interpretieren erst Zwecke in sie hinein. Dies ganz besonders, wenn von Selbstzweck die Rede ist. Ebenso, wenn man z. B. sagt: ein Handeln hat keinen Zweck; man stellt sich den Erfolg des Handelns vor, und aus dieser Vorstellung erwächst das Urteil. Daß also in Wirklichkeit ein Subjekt dahinter steht, das erst den Dingen, dem Handeln etc. die Zweckbestimmung beilegt, wird meist vergessen.[126])

Zweck ist aber nicht mit Absicht identisch, das geht schon aus dem Vorstehenden hervor; denn um das Urteil

---

[124]) Er verweist auch auf die „unverkennbare Aehnlichkeit" der § 226 und § 124 MStGO., wo es heißt: Das Gesuch kann auch verworfen werden, wenn das Gericht einstimmig der Ansicht ist, daß dasselbe offenbar nur in der Absicht, das Verfahren zu verschleppen, eingebracht ist. — Wir glauben, die herrschende Lehre würde diese „unverkennbare Aehnlichkeit" doch bestreiten.

[125]) Hölder, Allg. Teil S. 456.

[126]) Bestätigt fanden wir unsere Auffassung nachträglich durch Huber S. 26 ff., welcher S. 27 sagt, Ramdohr menge „Kausalität und Finalität durcheinander".

„Zweck“ fällen zu können, genügt die Vorstellung eines Erfolges. Wenn aber um eines Zweckes willen gehandelt wird, so wird eben um des vorgestellten Erfolges willen ein bestimmtes Verhalten beobachtet, das ebenso gut vorsätzlich wie absichtlich sein kann. Andererseits setzt die Absicht zwar ein erstrebtes Ziel voraus, ohne daß dieses darum Endzweck zu sein braucht.[127])

Die Fassung des § 226 läßt aber in Verbindung mit den vorstehenden Ausführungen keinen Zweifel mehr darüber, daß hier notwendig Absicht vorausgesetzt wird. Wenn eine Rechtsausübung, objektiv betrachtet, nur einen Zweck haben kann, dann muß auch subjektiv gerade der Zweck verfolgt werden, der Zweck Gegenstand des Erfolgswillens sein, denn es ist nicht möglich, daß subjektiv ein anderer Zweck verfolgt wird, als objektiv denkbar ist.[128])

Die neueste Judikatur und einige Stimmen der Literatur scheinen sich jetzt dieser Auffassung zu nähern. Planck[129]) z. B. spricht von „der mit der Ausübung des Rechts i m m e r verbundenen Absicht, dem Verpflichteten Schaden zuzufügen“, und auch das Reichsgericht[130]) spricht von „böswilliger Schädigung“ und „Absicht der Schädigung“.

Die Absicht, und selbst die ausschließliche Absicht, geben aber, wie hie und da schon durchzublicken war, noch nicht den Ausschlag. Das Wort „kann“ zieht noch engere Schranken. Neben der Schädigungsabsicht darf auch objektiv die Verbindung eines andern Zwecks nicht möglich sein.

---

[127]) Vorentwurf zu einem Deutschen StGB. § 59 III: „Eine vorsätzliche Handlung ist eine absichtliche, wenn der Täter sie verübt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.“ Hier ist Absicht Erfolgswille.

[128]) Es ist daher ein innerer Widerspruch, wenn F l e c h t h e i m bei G r u c h o t 44 S. 88 behauptet, ein Handeln bona fide könne unter Umständen, nämlich bei Verkennung der wahren Sachlage, unter 226 fallen, also rein objektiv nur den Zweck haben, einem Andern Schaden zuzufügen.

[129]) § 226 Z. 1 S. 376.

[130]) RG. 72 S. 252 ff., vgl. auch RG. 68, 425.

Damit soll gesagt sein: Wenn der Schädigende all' sein Sinnen darauf richtet, durch eine Rechtsausübung einem Andern zu schaden, so ist es möglich, daß er dabei übersieht, daß die gleiche Rechtsausübung vorteilhaft für ihn ist, nicht im Sinne subjektiver Befriedigung, falls er daran gedacht hätte — der Vorteil ist ihm vielleicht sogar unerwünscht —, sondern rein objektiv als mögliche Verwertung des Rechts in reellen Grenzen; denn das ist noch nicht summum ius, also auch nicht summa iniuria. Das darf aber nicht zu weit gehen. Wollte man beispielshalber sagen: eine aus Schikane erbaute Mauer repräsentiert stets einen Wert; deshalb liegt ohne Rücksicht auf die sonstige Entwertung des Grundstücks immer ein Interesse in deren Erbauung, und sei es nur ein Liebhaberinteresse an der Bauart; § 226 wird dadurch also ausgeschlossen. Damit würde man dem § 226 auch die geringe praktische Bedeutung nehmen, die er entgegen den vielfachen Bedenken seither gehabt hat. Das rein objektiv vorhandene Interesse muß also derart sein, daß ihm nach verkehrsmäßiger Auffassung vernünftigerweise „eine Berechtigung nicht abzusprechen ist.“[131]) Der Nachweis der Absicht aber erleichtert und unterstützt den schwierigen Nachweis, daß ein anderer Zweck ausgeschlossen ist.[132]) Wenn andererseits der Nachweis, daß objektiv mit der Rechtsausübung nur Schaden gestiftet wird, gelungen ist, so spricht u. E. eine unwiderlegliche Vermutung dafür, daß der Ausübende in Schädigungsabsicht gehandelt hat bezw. handeln will.[133]) Weist der Beklagte nach, daß er nicht in Schädigungs-

[131]) RG. in J. W. 05, 388 allerdings in engeren Grenzen. Oertmann § 226, 4c: „Fernliegende abstrakte Möglichkeiten brauchen natürlich nicht beachtet zu werden.“

[132]) Daher die Ansicht nur bedingt richtig: „Es kommt niemals auf die Absicht des Berechtigten an“: Kommentar der Reichsgerichtsräte z. BGB. § 226 Anm. 1; Fuld in Bd. 63 d. Bl. f. Rechtsanwendung S. 502. Vorliegen muß die Absicht stets, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, nur über sie hinaus muß auch objektiv jeder andere Zweck neben dem Schädigungszweck ausgeschlossen sein.

[133]) Das ergibt sich aus unsern Ausführungen S. 53.

absicht gehandelt hat, so ist es auch unmöglich, daß rein objektiv nur Schaden Zweck der Rechtsausübung sein konnte, womit der Tatbestand des § 226 als nicht erfüllt anzusehen wäre.

3. Die schikanöse Rechtsausübung muß sich gegen „einen andern" richten. Der Andere, der sich nach § 226 hiergegen auflehnen kann, soll jeder sein, der durch die Rechtsausübung geschädigt wird oder würde,[134]) sei es mittelbar oder unmittelbar. Also weder error in persona noch die Tatsache, daß man den Dritten, der bei Gelegenheit des Rechtsmißbrauchs mitbetroffen wird, gar nicht schädigen wollte, sollen nach der herrschenden Ansicht beachtlich sein. Was den error in persona anlangt, können wir uns einverstanden erklären: der subjektive und objektive Tatbestand des § 226 wird in gleicher Weise erfüllt, wie wenn ein error in persona nicht vorläge. Hinsichtlich des andern Falls werden wir wohl verschiedene Möglichkeiten ins Auge zu fassen haben.

Wenn ein Dritter gelegentlich der Schikane gegen einen Andern in Mitleidenschaft gezogen wird, so wird ihm gegenüber die schädigende Handlung meist nicht mehr auf einem Recht fußen. Daher greifen hier regelmäßig schon unmittelbar die Vorschriften über unerlaubte Handlungen Platz. Trifft dies aber nicht zu, so ist, wenn der Dritte nur zufällig (jedenfalls jedoch nicht absichtlich) mitgeschädigt wird, für ihn weder subjektiv noch objektiv der Tatbestand des § 226 erfüllt. Anders dagegen, wenn die gegen einen Andern gerichtete schikanöse Handlung notwendig auch einen Dritten schädigen muß. Ein Beispiel mag das erläutern: Eine aus Schikane errichtete Wand stürzt ein und verletzt zufällig den auf dem Grundstück des Schikanierten anwesenden Freund des letzteren. Dagegen: Stößt das

[134]) Hölder S. 458, Dernburg, Bürg. Recht S. 110; herrschende Meinung.

Grundstück des A an derselben Seite an die Grundstücke des B und des C, die ihrerseits Nachbarn sind, und errichtet A nur aus Schikane gegen B eine Mauer, die aber, weil da errichtet, wo die Grundstücke des B und C mit ihrer Grenze das des A berühren, notwendig auch den C schädigen muß, so muß auch C aus § 226 klagen können. Im ersten Moment stutzt man, da man anzunehmen geneigt ist, es fehle wenigstens das subjektive Moment, das wir oben für Erfüllung des Tatbestandes des § 226 forderten. Indes, wenn die Mauer auch den C schädigen muß, so kann A nicht anders als auch die Schädigung des C bezwecken, selbst wenn er vorwiegend nur die Schädigung des B beabsichtigt. Zur Voraussetzung nahmen wir Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks. Liegt diese dem B gegenüber vor, so ist der Sachverhalt dem C gegenüber notwendig der gleiche, damit aber auch die Absicht, wenn bei A dies auch nicht so augenscheinlich hervortritt. Sobald also die Notwendigkeit der Schädigung des B und des C, sowie die Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks klargestellt ist, folgt, daß B und C gegenüber die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 226 in gleicher Weise zutreffen. Es bleibt noch zu erwähnen, daß gegen einen Dritten z. B. den Mieter die Klage aus § 226 nicht zuzulassen ist, wenn nicht die Aufrechterhaltung „des durch die widerrechtliche Handlung herbeigeführten Zustandes selbst wider das Verbot des § 226 verstößt.“[135])

4. Weiter spricht § 226 von „Schaden.“ Die Rechtsausübung darf nur den Zweck haben können, einem Andern Schaden zuzufügen d. h. es ist nicht notwendig, daß der Schaden bereits eingetreten ist, es genügt, wenn er nur droht.[136]) Das Gesetz spricht auch ganz allgemein von

---

[135]) Planck § 226 Z. 3 S. 377.

[136]) Trüeb S. 13; Bode S. 45.

Schaden, sodaß man nicht allein Vermögensschaden darunter zu verstehen hat, es genügt vielmehr, daß es sich um Verletzung idealer Interessen handelt.[137]) So erachtete das Reichsgericht[138]) den § 226 selbst dann für anwendbar, wenn bei unberechtigten Eingriffen in das Eigentum, obwohl ein Schaden durch die Eingriffe nicht entstände, die Beseitigung derselben für den Eigentümer von Interesse ist. Eine derartige Einwirkung liege freilich nicht vor, wenn Jemand eine Grundgerechtigkeit des Inhalts habe, daß er eine Brücke (in Privateigentum) zur Beförderung von Schlacken benutzen dürfe, und der Eigentümer verbiete, daß der Grunddienstberechtigte mittels einer auf der Brücke hergestellten Rohrleitung Abwässer in ein ihm gehöriges Klärbassin abführe und mit jenem Rohr eine elektrische Lichtleitung verbinde, um die Brücke, das Klärbassin etc. zu beleuchten. Und selbst dann solle § 226 hier nicht Platz greifen, „wenn der Eigentümer hierbei von der Absicht geleitet ist, dem Berechtigten, den mit der Benutzung verfolgten Vorteil zu vereiteln. Denn ein derartiges Vorgehen ist eine Abwehrmaßregel, welcher zugleich das Bestreben zu Grunde liegen wird, das Eigentumsrecht unbeschränkt zu erhalten."

5. Bei Vorliegen der seither geprüften Voraussetzungen soll die Rechtsausübung „unzulässig" sein d. h. sie braucht nicht zugelassen, geduldet zu werden. In der Literatur findet man wiederholt die Wendung, eine solche Rechtsausübung sei widerrechtlich. Das ist ein innerer Widerspruch, denn Recht kann nicht gleichzeitig als Unrecht (widerrechtlich) bezeichnet werden. In § 226 kommt nur zum Ausdruck, daß das Gesetz eine derart verwerfliche Betätigung im Rahmen des Rechts verbietet und nicht mehr als Rechts-

---

[137]) RG. 72, 254. Enneccerus S. 595.

[138]) RG. 54 S. 435; vgl. auch RG. 68 S. 26 und unten S. 86.

ausübung anerkennt.[139]) § 226 enthält also nur das Verbot, nicht schon die endgültigen Folgen desselben. Es ist daher zum mindesten inkorrekt, in einem Atem von Rechtsausübung und Widerrechtlichkeit zu reden.[140]) Die Frage ist nicht von praktischer Bedeutung, denn im Erfolg ist zu sagen, daß die durch § 226 zum Unrecht gestempelte Handlung widerrechtlich ist, was wegen der sich hieran knüpfenden Schadensersatzansprüche wichtig ist.

Hier taucht die Frage auf, ob die Unzulässigkeit der Rechtsausübung von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Man könnte sagen: ist die Rechtsausübung nur „unzulässig,' so braucht sie der Betroffene nicht zuzulassen. Das gilt also nur für ihn. Wehrt er sich nicht dagegen, so empfindet er das summum ius nicht als summa iniuria, und deshalb ist die Unzulässigkeit, zumal es sich nur „um Schutz privater Interessen" handelt,[141]) nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Setzt man dagegen unzulässig gleich widerrechtlich und berücksichtigt, daß die schikanöse Rechtsausübung einen groben Verstoß gegen die guten Sitten enthält, so wird man dahin kommen, daß ein schikanöser Klaganspruch ebenso wie ein auf unsittlichem Grunde beruhender Anspruch (§ 138 BGB.) von Amts wegen abzuweisen ist, sofern sich der Schluß rechtfertigt, daß das tatsächliche Vorbringen des Klägers die Voraussetzungen des § 226

---

[139]) Daher nicht richtig Kommentar der Reichtsgerichtsräte Anm. 1 zu § 226, wo es heißt, unter der Voraussetzung des § 226 beabsichtige der Rechtsinhaber gar keine Rechtsausübung, sondern nur Schädigung, und das sei Rechtsmißbrauch. Der Handelnde stützt sich ja gerade darauf, daß er zu seinem Handeln berechtigt ist. Ohne diese Ueberzeugung würde er vielleicht gar nicht handeln. Er beabsichtigt die Schädigung vermittelst der Rechtsausübung.

[140]) Vgl. auch Blümner S. 153, der es z. T. sogar für sinnlos erklärt, von Widerrechtlichkeit zu reden.

[141]) So Dernburg, Bürgerl. R. S. 118, Planck § 226 Z. 2; A. A. besonders Crome I, 531, ferner Oertmann, Endemann.

erfüllt. Das ist aber bei den engen Voraussetzungen des § 226 u. E. so gut wie ausgeschlossen, zumal der Kläger die Rechtslage nie so zu seinen Ungunsten darlegen wird. Anders, wenn bereits verhandelt war, sodaß der Sachverhalt bereits genügend geklärt war. Jedenfalls ist nicht zu verlangen, daß sich die Partei formell auf Schikane beruft, es muß vielmehr genügen, „wenn die Partei die Art der Rechtsausübung im allgemeinen als unzulässig erklärt und das Sachverhältnis für die Prüfung der Frage sonst ausreichende Unterlagen bietet.“[142]) Damit können wir die Besprechung der einzelnen Merkmale des § 226 abschließen.

---

[142]) Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. zu § 226 Z. 2. — Crome I S. 531 rechtfertigt die Berücksichtigung der Schikane von Amts wegen damit, daß § 226 eine öffentlich-rechtliche Vorschrift sei.

VII.

1. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen. Also die einzelne Ausübung wird für unzulässig erklärt, nicht wird der Inhalt des Rechts beschränkt.[143]) Ist im konkreten Fall die Rechtsausübung schikanös, nach § 226 zu verwerfen, so ist damit weder die Existenz des Rechts getroffen noch gesagt, daß dieselbe Art der Ausübung immer dem § 226 unterstehe, sondern nur, daß dies in concreto zutraf. Angesichts des klaren Wortlauts des § 226 bedarf dies keiner weiteren Begründung.[144]) Es ist zwar nicht unbestritten,[145]) aber, wie gesagt, läßt § 226 eine andere Deutung nicht zu, was besonders einleuchtet, wenn man demgegenüber eine Vorschrift ins Auge faßt, die dem Recht inhaltliche Schranken setzt, z. B. § 1020 BGB.: Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. § 1020 heißt dagegen nicht: Die Ausübungen der Grunddienstbarkeit, die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks besonders lästig sind, während andere Ausübungsmöglichkeiten gleicher Art dem Berechtigten nicht lästiger sind, sind verboten, . . . oder ähnlich. Hier (§ 1020) inhaltliches Gebot, dort (§ 226) Ausübungsverbot.

---

[143]) So die h. M.; vgl. z. B. Hölder S. 458.

[144]) Vgl. Crome § 121 S. 531; Fischer S. 142 und die dort Zitierten.

[145]) Vgl. z. B. Bode S. 11 f., 46, auch Hölder bei Oertmann § 226 Z. 2. Wie im Text: Staudinger § 226 Z. 4a.

2a. Die den Tatbestand des § 226 erfüllende Rechtsausübung war unzulässig, im Erfolg widerrechtlich. Ist durch die gegen § 226 verstoßende Handlung ein Schaden verursacht, so erhebt sich die Frage, ob der Geschädigte Schadensersatz nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen fordern kann. Ist eines der im § 823 Abs. I bezeichneten Rechtsgüter verletzt, so sind sämtliche Voraussetzungen derselben erfüllt: Die Widerrechtlichkeit ist eine Folge des § 226, die Schuld (hier Vorsatz)[146]) war eine wesentliche Voraussetzung der gleichen Vorschrift. § 823 Abs. I wäre z. B. gegeben, wenn A durch Anlagen auf seinem Grund und Boden schikanös das Eigentum des B schädigt, oder falls A durch schikanöses Verbauen von Licht und Luft B's Gesundheit untergräbt.

Stellt sodann § 226 ein „Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs. II dar, so ist auch dessen Tatbestand als erfüllt anzusehen. Zwar wird geltend gemacht,[147]) daß privatrechtliche Vorschriften nicht Schutzgesetze i. S. des § 823 II bilden könnten, weil sie nicht den Einzelnen schützen, sondern nur den Kreis seiner Befugnisse abgrenzen sollten. Hiergegen sprechen nicht allein der Umstand, daß von der II. Kommission beispielshalber § 858 BGB. als „ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz" bezeichnet wurde, sondern auch innere Gründe: wird durch eine privatrechtliche Vorschrift das Rechtsgut einer bestimmten Person geschützt, so wird dadurch wohl deren Machtkreis festgesetzt, gleichzeitig aber auch meistens eine Schutzvorschrift zu ihren Gunsten erlassen.[148]) Weiter sind unter Schutzgesetzen nicht nur solche zu verstehen, die den Einzelnen schützen, vielmehr auch solche, die

---

[146]) Wir forderten oben für § 226 Absicht. Diese enthält gegenüber dem Vorsatz ein Mehr. Das Mehr enthält aber hier notwendig das Weniger.

[147]) Cosack § 163, v. Liszt S. 32; siehe hierzu Oertmann § 823 Z. 4 b ε, δ δ.

[148]) Planck zu § 823 III 2 d.

dem Schutz der Gesamtheit zu dienen bestimmt sind; denn ein Gesetz, das dem Schutz der Gesamtheit dienen soll, kann seinen Zweck nur durch Schutz der Einzelnen erreichen. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen wir „auch und gerade" § 226 als Schutzgesetz verstehen.[149])

Nicht so einfach erledigt sich das Verhältnis des § 226 zu § 826 BGB. Auch eine nicht dem § 226 zu unterstellende Rechtsausübung kann in vielen Fällen gegen die „guten Sitten" verstoßen. Untersteht eine sittenwidrige Rechtsausübung unter Vorliegen der im § 826 geforderten Voraussetzungen dem § 826, was mit der herrschenden Lehre zu bejahen ist,[150]) so ist sie, weil mit Schadensersatz belegt, verboten. Es wird nun behauptet, auch die nach § 826 zu beurteilende Rechtsausübung werde hierdurch zur widerrechtlichen. Um aber den sich hieraus ergebenden Widerspruch, daß eine Rechtsausübung schon durch § 826 zur widerrechtlichen werde, nach § 226 aber noch zulässig, also nicht widerrechtlich sei, zu vermeiden, ist von Planck die Behauptung aufgestellt worden: Rechtsausübungen seien dem § 826 nur zu unterstellen, wenn

---

[149]) Dafür, daß privatrechtliche Vorschriften auch Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. II sein können vgl. neben Planck (Anm. 148), Enneccerus § 452 1b, Staudinger § 823 III A 2a, Oertmann § 823 Z. 4b ε, δδ. Den § 226 sehen als Schutzgesetz an Oertmann D. J. Z. 1903 S. 326, Enneccerus § 220 II 4 und wohl auch Blümner S. 198, Fischer Henle § 226 Z. Vgl. auch Oertmann Komm. § 823 Z. 4b ε, δδ. Es kann daher Bode nicht zugestimmt werden, der ohne Begründung § 226 nicht als Schutzgesetz i. S. des § 823 II gelten lassen will. Ebenso wenig ist die sich hier anreihende Behauptung Bode's, daß sich der bei Gelegenheit der Schikane Geschädigte ausschließlich auf § 823 I berufen könne, weil ihm gegenüber nur Fahrlässigkeit vorliege, zwingend. Vgl. die früheren Ausführungen S. 50 ff., 55 f.

[150]) Planck § 226, 1; Fischer S. 143; RG. 58, 214. — Daß eine schikanöse Rechtsausübung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, darüber vgl. z. B. Oertmann in D. J. Z. 1903 S. 326; Enneccerus § 453 II 4. Dies kann auch von Gegnern des Schikaneverbots nicht bestritten werden.

sie nach § 226 unzulässig seien. § 826 sei also einschränkend zu interpretieren.

Dem ist vor allem Oertmann in D. J. Z. 1903 S. 325 ff. entgegengetreten. Die Planck'sche Auffassung baue auf der noch unbewiesenen Prämisse auf, daß die vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Handlung rechtswidrig sei. Tatsächlich ergebe sich aber weder aus der Stellung des § 826 im System, aus der an das unsittliche Verhalten geknüpften Schadensersatzpflicht, noch aus der geschichtlichen Entwicklung, daß dies eine notwendige Folgerung aus § 826 sei. Ein Gegensatz zwischen § 226 und § 826 sei somit nicht vorhanden; ein wesentlicher Unterschied in den Wirkungen aber — sodaß § 226 nicht durch § 826 überflüssig werde — liege darin, daß gegen die dem § 226 unterstehende Handlungsweise Notwehr zulässig sei, ebenso eine Unterlassungsklage, was gerade bei § 826 nicht der Fall sei.

Gelegentlich einer Kritik der Auffassung Oertmann's gelangt Fischer[151]) zu dem Resultat, daß die Planck'sche Auffassung den Vorzug verdiene. Seine Gründe vermögen uns aber nicht zu überzeugen, weshalb wir kurz darauf eingehen müssen.

Fischer geht von dem Gesichtspunkt aus, daß Moralwidrigkeit, Verstoß gegen die guten Sitten, Rechtswidrigkeit sei und daß daher auch die gegen § 826 verstoßende Rechtsausübung zur widerrechtlichen werde. Folgendes scheint zunächst für ihn zu sprechen: Die Fragen, ob ein Verstoß gegen die guten Sittten oder gegen Treu und Glauben vorliege, werden vom Reichsgericht und der herrschenden Lehre als Rechtsfragen angesehen, deren Entscheidung daher der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliege.[152]) Ob mit Recht oder Unrecht, das zu prüfen, würde hier zu weit führen. Es liegt gegenüber der ständigen Uebung bereits nahe, es

---

[151]) S. 145—147.

[152]) Vgl. RG. 67, 102.

habe sich zu Gunsten dieser Auffassung ein Gewohnheitsrecht gebildet. Liegt daher in dem Verstoß gegen diese Rechtsnormen nicht eine Rechtswidrigkeit? Das erscheint schon zweifelhaft im Hinblick auf die Erwägung, daß nicht jeder Verstoß gegen Rechtsnormen, selbst wenn daran Schadensersatzansprüche geknüpft werden, schon darum rechtswidrig ist.

Fischer stützt sich aber vor allem darauf, daß der Vorsatz in § 826 die Tat zur widerrechtlichen mache, da sich „aus der Rechtswidrigkeit das subjektive Element nicht restlos ausscheiden lasse.[153]) Er sucht das speziell zu beweisen durch Gegenüberstellung der §§ 823. 226. Indessen die angezogenen Stellen sprechen eher gegen als für ihn.

Zunächst:

a) „wer fremdes Eigentum verletzt, handelt an sich widerrechtlich."

Hier fehlt gleich die subjektive Seite völlig. Die Widerrechtlichkeit ist nicht erst eine Folge der Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit).

Weiter:

b) „Wer fremdes Eigentum verletzt in Rechtsausübung handelt nicht widerrechtlich."

c) „Wer fremdes Eigentum verletzt in Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen, handelt widerrechtlich."

Hier (in c) macht allerdings das subjektive Element die Handlung zur widerrechtlichen. Und trotzdem: dies ist eine Ausnahmebestimmung im stärksten Sinne, das übersieht Fischer. Eine Rechtsausübung kann durch rein objektive Merkmale

---

[153]) S. 137 f. Daher später der umgekehrte Schluß, das subjektive Moment in § 826 mache die Handlung zur rechtswidrigen („subjektive Rechtswidrigkeit").

nicht zum Unrecht gestempelt werden. Erst in der böswilligen Gesinnung liegt das zu Bekämpfende. Da sie sich aber auf ein Recht stützt, befand sich der Gesetzgeber in einer Zwangslage: hie Recht — dort überaus verwerfliche Gesinnung. Von letzterer ausgehend, nimmt er unter bestimmten Voraussetzungen dem Recht den Rechtscharakter.

Auch die weitere Beweisführung ist u. E. nicht überzeugend. Der gutgläubige Besitzer vor der Rechtshängigkeit hafte nicht, erst mit der Kenntnis vom Rechtsmangel seines Besitztitels „gerät er durch subjektive Pflichtwidrigkeit zugleich in eine objektive Rechtswidrigkeit." Liegen die Verhältnisse nicht vielmehr so: ein objektiv rechtswidriger Zustand besteht auch vor der Rechtshängigkeit. Allein, da der gute Glaube geschützt werden muß, statuiert das Gesetz ausnahmsweise keine Haftung (es sagt nicht, daß objektive Rechtswidrigkeit nicht vorhanden sei). Diese Ausnahme wird hinfällig durch die Kenntnis. Insofern besteht für die Folgen eine gewisse Abhängigkeit des objektiven Tatbestandes vom subjektiven, nicht dagegen für die Existenz. So hat Fischer wohl recht, daß in Ausnahmefällen — wenn er so verstanden sein will — das subjektive Element sich nicht restlos ausscheiden lasse. Die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung auf § 826 ist aber nicht beweisbar, jedenfalls von Fischer nicht begründet.

Wir stellen uns daher auf den von Oertmann vertretenen Standpunkt. Zu den Folgen haben wir noch Einiges zu bemerken.

3. Wenn eine schikanöse Rechtshandlung zu befürchten steht, so soll dem dadurch Bedrohten eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. zustehen. Die theoretische Möglichkeit bestreiten wir nicht, glauben indes, daß praktisch ein solcher Fall kaum je zu dem gewünschten Ergebnis führen würde. In Frage kommt nur eine negative Feststellungsklage, die dazu führen soll, daß der drohende Rechtsausüber kein Recht habe, sein Recht in der gedachten (schikanösen) Art zu mißbrauchen.

Da § 256 aber klipp und klar von „Nichtbestehen“ des festzustellenden Rechtsverhältnisses und nicht von „möglicherweise nicht bestehendem Rechtsverhältnis“ redet, so wird es der Richter kaum verantworten können, den in concreto schon äußerst schwierigen Nachweis der Schikane für die Zukunft als erbracht anzusehen; denn er müßte zu dem Ergebnis kommen: wenn A so handelt, wie er droht, so ist das Schikane (nicht: kann das Schikane sein), also ist das kein Recht mehr. Es müßten schon sehr starke Indizien vorliegen, die diesen Schluß, der doch auch ein Urteil über zukünftige Gesinnung des Verurteilten enthält, rechtfertigten.

4. Etwas anders liegen die Verhältnisse, wenn Jemand sich einer schikanösen Rechtsausübung schuldig gemacht hat und seinerseits weitere derartige Störungen zu befürchten[154]) stehen. Hier kann eine Unterlassungsklage angestrengt werden. Von Theorie und Praxis in gleicher Weise anerkannt, ist auf ihr Wesen und ihre Begründung nicht einzugehen.[155]) Da der einmal erfüllte Tatbestand des § 226 die Annahme, es könne nach dem unter den Parteien herrschenden Verhältnissen eine Wiederholung der in Frage stehenden Rechtsausübung und damit möglicherweise wieder der Schikane eintreten, wesentlich unterstützt, so kann man der Unterlassungsklage für die Praxis eine weit günstigere Prognose stellen als der Feststellungsklage.[156])

5. Endlich ist nach § 940 ZPO. eine einstweilige Verfügung zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes möglich, wenn sich die schikanöse Absicht bereits in irgend einer Form geoffenbart hat.[157])

---

[154]) Es genügt die bloße Möglichkeit der Wiederholung.

[155]) Vgl. RG. 56, 286; 61, 370, 71, 85; Eltzbacher, die Unterlassungsklage 1906; Cosack S. 686.

[156]) Von einer Unterlassungsklage im Falle des § 226 ist z. B. in RG. 72, 252 ff. die Rede.

[157]) Vgl. Martin S. 87 Anm. 43 und das einzige uns hierüber bekannte Beispiel aus der Praxis unten S. 82 f.

6. Prozessual ist noch zu bemerken: Wer eine Ersatzforderung wegen schikanös zugefügten Schadens geltend macht oder eine Unterlassungsklage anstrengt, muß nach allgemeinen Beweisregeln dartun, daß die Rechtsausübung nur den Zweck haben konnte, ihm zu schaden (bezw. daß weitere derartige Beeinträchtigungen zu befürchten sind). Dazu kann er sich jeglicher Beweismittel bedienen. Nur ist darüber, daß eine Handlung schikanös in diesem Sinne sei, Eideszuschiebung unzulässig, da diese nur über Tatsachen gestattet ist. (§ 445 ZPO.)[158])[159])

---

[158]) So die h. M. z. B. Enneccerus § 220 S. 594; Planck § 226 Z. 1 S. 377; Crome I § 121, 1 S. 531 Anm. 10, aber letzterer mit anderer Begründung.

[159]) Ramdohr S. 837 Anm. 47: „Auch im Zwangsvollstreckungsverfahren darf der Benachteiligte sich noch mit der Berufung auf das Rechtsmißbrauchsverbot verteidigen, indem er behauptet, der vorliegende Vollstreckungsakt könne nur den Zweck haben, ihm Schaden zuzufügen." Dies hätte wohl in der Form des § 766 ZPO. zu geschehen.

VIII.

A. Es war bereits früher darauf hingewiesen worden,[160]) daß § 226 nur einen Teil der sogen. Schikane trifft, und wie wir sahen, hat der Gesetzgeber in § 226 sehr strenge Voraussetzungen gestellt, welche die Unzulässigkeit der Schikane ausmachen. Wie aber bereits in den Entwürfen zum BGB. durch Beschränkung der einzelnen Rechte versucht wurde,[161]) billiges Recht zu schaffen, so finden sich in dem Gesetz gewordenen BGB. eine ganze Reihe von Vorschriften, welche durch ihren Inhalt geeignet sind, schikanöser Rechtsausübung zu begegnen. § 226 bildet ihnen gegenüber — das ist hier nochmals zu betonen — nur eine ergänzende clausula generalis.

Wir stehen von einem Versuche, die jetzt zu besprechenden Vorschriften in ein mehr oder weniger gekünsteltes System zu zwängen, ab, da dieser Versuch gegenüber dem „bunten Gemisch“[162]) doch scheitern muß.[163]) Aus einzelnen Gruppen lassen sich indes leitende Obersätze herausschälen, und wir machen es uns zur Aufgabe, in der Hauptsache nur auf diese einzugehen.

Als man die Aufnahme eines generellen Schikaneverbots ablehnte, geschah dies unter Hinweis darauf, daß den Bedürfnissen des Verkehrs schon durch ausreichende Berücksichtigung

---

[160]) Oben S. 3.

[161]) Oben S. 34.

[162]) Ramdohr S. 591.

[163]) Versuche dieser Art siehe bei Blümner S. 143 ff., Bode S. 26 ff., dagegen auch Martin S. 39 Anm. 4.

„der Grundsätze von Treu und Glauben“ und der „guten Sitten“ Rechnung getragen sei.[164]) In dem strengen Formen feindlichen Vertrags- und Obligationenrecht finden wir diese Grundsätze stark ausgeprägt wieder.

1. Nach § 157 BGB. sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; und nach § 242 BGB. ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Vorschriften sind bedeutend weiter gefaßt als § 226. Im Gegensatz zu ihm ist hier auch nicht von einer Ausübungsschranke die Rede, vielmehr finden die Vertragsrechte inhaltlich ihre Begrenzung durch die Grundsätze von Treu und Glauben.[165]) Was ihnen nicht mehr entspricht, ist daher Unrecht.[166]) Jedes schikanöse Verhalten, das sich auf Vertragsansprüche stützt, ist also schon aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen Treu und Glauben zurückzuweisen. Den Maßstab bildet, wie wiederholt gesagt, der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, ein Grundsatz zwingenden Rechts, also durch Parteivereinbarung — eine solche Vereinbarung wäre ein Verstoß gegen die guten Sitten[167]) und daher nichtig — nicht außer Kraft zu setzen.[168])

Maßgebend für die Beurteilung, ob die Parteien nach Treu und Glauben gehandelt haben, ist der Vertragsinhalt. Voraussetzung ist ein gültiger Vertrag, sodaß die Beobachtung der guten Sitten bei Begründung des Vertrags (§ 138 BGB.) gewissermaßen eine notwendige Vorstufe für die weitere Frage nach Treu und Glauben bei der Auslegung und Erfüllung des Vertrags bildet. „Treu“ bedeutet nun die Vertragstreue,

---

[164]) Mugdan S. 797.

[165]) Vgl. Blümner S. 143 ff.

[166]) Hier ist daher die viel engere Schranke des § 226 nahezu überflüssig.

[167]) Stammler, Richtiges Recht S. 335.

[168]) Planck § 157; Neumann § 157 Z. 1.

„Glauben“ das Sichverlassen, Vertrauen auf diese Eigenschaft beim Gegner.[169]) Die Vertragstreue soll sich dadurch bekunden, daß der Vertrag so ausgelegt, daß nichts anderes verlangt wird, als es die Parteien beim Abschluß offenbar gewollt haben.[170]) Darüber hinaus darf ihnen nur die Ausübungs- und Auslegungsmöglichkeit zugestanden werden, die sich aus den allgemeinen Auslegungsregeln (besonders § 133) ergibt.[171]) Letzteres muß vor allem da in Frage kommen, wo die Parteien die dem Vertrage entspringenden Rechte und Verpflichtungen nur allgemein, jedenfalls nicht erschöpfend geregelt haben, bezw. sich durch facta concludentia erklärt haben.[172])

Die Berücksichtigung der Verkehrssitte soll bedeuten: Der Richter hat die an sich subjektiven und sittlichen Begriffe von Treu und Glauben nicht aus sich zu schöpfen, sondern die Verkehrssitte, das, was üblich ist, muß ihm die Entscheidung für sein Urteil geben.[173]) Damit sind wirksame Mittel gewährt, eigensüchtiger und schädigender Vertragsrechtsausübung entgegenzutreten.

2. Einen gleichen gesetzgeberischen Gedanken wie in den §§ 226, 157, 242 etc. finden wir in den Vorschriften, die an den Verstoß gegen die guten Sitten Rechtsfolgen knüpfen z. B. §§ 138, 826, 817. Hier ist ebenfalls ein Grundsatz der Ethik zur Rechtsnorm erhoben. Wir haben früher bereits gesagt, daß auch § 226 einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, und daß daher die den Tatbestand des § 226 erfüllende Rechtsausübung unsittlich i. S. des § 826 war. Da § 826 aber auch Rechtsausübungen trifft, die nicht erst dem § 226

---

[169]) Goldenberg S. 47, Bode S. 32 f.

[170]) Auf dieser Erwägung beruht auch die Anfechtung bei Irrtum, Drohung, Zwang.

[171]) Endemann S. 382 Anm. 11.

[172]) Auch der Code civil Art. 1135, 1160 verweist neben dem Gesetz auf „Billigkeit und Gebrauch“ und nimmt an, daß ein Vertrag mit den üblichen Klauseln geschlossen ist.

unterstehen, so ist hierin eine sehr bedeutsame, ja an speziellen Vorschriften die bedeutendste enthalten, welche gegen Schikane wirksam schützen kann. Es ist daher wichtig, festzustellen, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Entscheidend wird immer der Sonderfall sein. Abstrakte Definitionen werden der Fülle der Möglichkeiten kaum gerecht. Man wird daher nur gewisse lose Gesichtspunkte zu gewinnen suchen, welche ein Leitfaden für die Beurteilung sein können.[174])

Nicht maßgebend ist natürlich, ob etwas vom rein moralischen Standpunkt eines Einzelnen (also auch des Täters) oder nur gewisser Kreise aus verwerflich erscheint,[175]) denn „die Rechtsmoral trägt gröbere Züge als ihre Mutter, die reine Sittenlehre.“[176]) Daher sind unbrauchbar Abstraktionen wie „verfeinertes Anstandsgefühl“ oder „in bestimmten Kreisen herrschende Anschauungen“, wenn sie auch im einzelnen Fall für die Gesamtbeurteilung mit in Betracht kommen können.[177]) Den Maßstab dafür, was gute Sitte ist, werden wir zu suchen haben in der Auffassung, „welche im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstands-

---

[173]) Weiter kommt den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Bedeutung zu in den §§ 320 II, 162, 815 BGB. u. a. m., wenn auch z. T. in anderem Sinn. § 320 II zunächst bildet eigentlich nur einen Anwendungsfall der §§ 157, 242 und stellt sich daher als eine Wiederholung dar, die der Gesetzgeber wohl nur deshalb für nötig erachtete, weil er in diesem wichtigen Fall jeden Zweifel ausschließen wollte. In § 162 ist dagegen von einer Rechtsausübung gar nicht die Rede, sodaß von einer der Schikane vorbeugenden Vorschrift nicht geredet werden kann. Vgl. hierzu Blümner S. 144 f., Knuth S. 57 f., Bode S. 34 f. Ueber sonstige inhaltlich hierher gehörige Vorschriften vgl. Crome I S. 186 ff.

[174]) Vgl. im allgemeinen hierzu Weyl S. 221 ff., besonders S. 229 bis 231 und vor allem Enneccerus § 453.

[175]) Non omne quod licet honestum est l. 144 Dig. 50, 17.

[176]) Fischer S. 77. Daselbst: „Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum.“ (Jellinek.)

[177]) Enneccerus § 453, II 3a.

gefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht.“[178]) Woraus mit dem Reichsgericht zu folgern ist: „Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstands genügt, liegt ein Spielraum der (noch) in den Grenzen der guten Sitte sich bewegt.“

In § 138 Abs. 1 finden wir einen Ausdruck derselben Tendenz, keineswegs dagegen eine Vorschrift, die ohne weiteres mit der Schikane etwas zu tun hat.[179]) Die Begründung eines Rechtsgeschäfts wird wegen des gegen die guten Sitten verstoßenden Inhalts für nichtig erklärt, die Entstehung, die Existenz wird gehindert, während bei §§ 226, 826 nur die Ausübung des entstandenen Rechts getroffen wurde. Stellt sich aber die Begründung des Rechtsgeschäfts als Rechtsausübung dar, so bleibt für § 226 keine Untersuchung mehr, wenn die Begründung gegen die guten Sitten verstößt. Erst wenn das Vorgehen des Ausübenden als Rechtsgeschäft ebenso wie als Rechtsausübung zunächst haltbar wäre, käme die weitere Frage nach § 226 in Betracht[180]) — ein in praxi nicht leicht auszudenkender Fall. § 817 bildet in diesem Zusammenhang eine Ergänzung des § 138.[181]) —

3. Wie Treu und Glauben sowie die Betonung der guten Sitten ein allgemeines Schikaneverbot zunächst überflüssig erscheinen ließen, so auch einige andre Grundsätze, welche den genannten verwandt sind. Wir begegnen im BGB. einer Reihe Bestimmungen, welche der „Billigkeit“ Rechnung tragen, andern, welche an den „Mißbrauch des Rechts“ Folgen knüpfen.

---

[178]) RG. 55 S. 373. So auch die Lehrbücher und Kommentare.

[179]) Ueber § 138 Abs. 2 siehe weiter unten S. 77.

[180]) Ramdohr S. 816.

[181]) Ueber sonstiges Vorkommen der guten Sitten, Sittlichkeit etc. im BGB. siehe Weyl S. 219 ff. Aehnlich auch, wenn das Gesetz von „sittlicher Pflicht“ etc. bei Gelegenheitsgeschenken spricht und deren Rückforderung ausschließt, cf. §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330.

Von letzterem zunächst ist durchweg nur in einigen familienrechtlichen Bestimmungen die Rede.[182]) Eine Begriffsbestimmung des Rechtsmißbrauchs gibt das Gesetz nicht. Keinesfalls sind etwa die Grenzen hierfür so eng zu ziehen, wie sie in § 226 festgelegt sind, den man[183]) vielfach als allgemeines „Rechtsmißbrauchsverbot" bezeichnet. Das geht schon aus einigen Spezialfällen hervor, welche der Gesetzgeber ausdrücklich zu bezeichnen für gut erachtet hat (z. B. § 1354 Abs. II). Andererseits schließen die speziellen familienrechtlichen Vorschriften auch den Fall der Schikane in sich. — Am weitesten gefaßt ist § 1353 Abs. II (stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechts dar, so ist der andre Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten), sodaß man im Hinblick hierauf sagen kann, der Begriff des Rechtsmißbrauchs in § 1353 II sei der „generelle Begriff", während § 1354 II[184]) nur ein gesetzliches Beispiel dafür enthalte, „wann im besondern ein Mißbrauch des Verlangens des Mannes nach § 1353 I vorliegt."[185])

Nach Scriba liegt ein Rechtsmißbrauch dann vor, „wenn der andre Ehegatte eine erhebliche Schädigung seiner individuellen Interessen erleiden würde und bei verständiger Erwägung (und Abwägung) der ehelichen und der individuellen Interessen, die Erfüllung der verlangten Pflicht dem andern Ehegatten nicht zugemutet werden kann." Offenbar sind hier die individuellen Interessen zu stark betont. Einen Anhaltspunkt für die Beurteilung, ob sich das Versteifen auf das Recht — hierauf ist mehr Gewicht zu legen — als Miß-

---

[182]) §§ 1353 II, 1354 II, 1357 II, 1358 II, 1666.

[183]) So z. B. Blümner § 11; ähnlich Oertmann § 226 Z. 1. Vgl. auch Bode S. 13.

[184]) § 1354 Abs. II: Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung (betr. Wohnort und Wohnung) als Mißbrauch seines Rechts darstellt.

[185]) Scriba, die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnisse. 1910. In Neumann Jahrb. 1911 zu § 1354 S. 418.

brauch darstellt, können die individuellen Interessen natürlich bilden. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß die genannten Interessen gegenüber der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft eine beträchtliche Einschränkung erfahren. Wohl bleiben ungeschmälert eine Reihe höchstpersönlicher Interessen. Und wenn Scriba nur diese im Auge hatte (aus der zweiten Fassung seiner Definition geht offenbar das Gegenteil hervor), so ist die „verständige Abwägung" wohl überflüssig, da etwas höchst persönliches als Imponderabile keine Abwägung duldet. Der sich aus der Ehe ergebenden Beschränkung treten aber gerade die ehelichen Rechte gegenüber. Die Beurteilung wird sich darnach nur dem einzelnen Fall entnehmen lassen und der Erfahrung, was in den Kreisen, denen die Ehegatten angehören, in der Regel von Mann und Frau verlangt wird, wobei die guten Sitten eine rechtsnotwendige Minimalgrenze bilden müssen.

Im einzelnen sei nur noch bemerkt: Während in den §§ 1353, 1354 dem Ehegatten (bezw. der Frau) selbständige Weigerungsrechte zustehen, muß die Frau in den Fällen der §§ 1357, 1358 zur Regelung die Vermittlung des Vormundschaftsgerichts in Anspruch nehmen. Daraus folgt, daß z. B. in § 1357 die Beschränkung der Schlüsselgewalt durch den Mann trotz des Mißbrauchs zunächst rechtsgültig ist und erst nachträglich wieder aufgehoben wird[186]) — ganz im Gegensatz zu dem Rechtsmißbrauchsverbot des § 226 BGB.

Von Beobachtung der „Billigkeit" und des „billigen Ermessens" spricht das Gesetz nur in wenigen Fällen.[187]) Der gleiche Gedanke lebt aber außerdem in einer ganzen Reihe von Vorschriften, ohne daß die obigen Ausdrücke dort vorkommen. Hierher gehören vor allem die Paragraphen, wo ein „wichtiger Grund" oder Mangel eignen bezw. Ueberwiegen des Interesses des andern Teils den Ausschlag dahin geben,

---

[186]) Hinsichtlich der Folgen ist am weitgehendsten § 1666.

[187]) Vgl. Stammler, Richtiges Recht S. 373 ff. V. Bestimmung nach billigem Ermessen.

daß entgegen sonstiger gesetzlicher Regel oder Parteivereinbarung Ausnahmen Platz greifen sollen, ferner eine Reihe von Fällen, wo ein gewisses Verhältnis des Rechts zu Gegenrechten oder faktischen Verhältnissen von Bedeutung ist usw.[188])

4. Von großer Wichtigkeit sind endlich noch die die nachbarlichen Verhältnisse regelnden und auch allgemeiner der rücksichtslosen Eigentumsverwertung eine wirksame Grenze setzenden Normen. Hier besonders erwies sich die dringende Notwendigkeit, Präventivmaßregeln durch Einzelbestimmungen zu erlassen, da das Nachbarrecht das Gebiet ist, wo uns die Schikane am häufigsten entgegentritt. Es seien nur erwähnt: § 905, wonach der Eigentümer Einwirkungen nicht zu verbieten vermag, an deren Ausschließung er kein Interesse hat, weil sie in zu großer Höhe oder Tiefe vorgenommen werden; § 906: ortsübliche oder unerhebliche Immissionen muß sich der Eigentümer gefallen lassen; § 910: von fremdem Grundstück her eingedrungene Wurzeln oder überragende Zweige dürfen nicht abgeschnitten werden, wenn dadurch die Benutzung des eigenen Grundstücks nicht beeinträchtigt wird; § 919 ff.: Mitwirkung zur Regelung der festen Grenzen zwischen Nachbargrundstücken. Nicht zu übergehen sind zuletzt die §§ 904, 228; die im Falle des Notstandes eine Einwirkung auf fremdes Eigentum gestatten.[189])

---

[188]) Ueber die Bedeutung des wichtigen Grundes siehe vor allem die Vorschriften über Kündigung, z. B. bei Dienstverhältnissen; eine gewisse Verhältnismäßigkeit (z. B. verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, unverhältnismäßig hohe Strafe usw.) erfordern z. B. §§ 616, 343, 228, 904. Die große Zahl der sonst hierher gehörenden Vorschriften siehe bei Fischer-Henle § 226 Anm. 5, des Näheren besprochen teils von Martin S. 40 ff., Bode S. 28 ff., Knuth S. 53 ff.; vgl. besonders auch Planck I § 226, Z. 1.

[189]) Ueber das Verhältnis der Schikane zum Notstandsrecht vgl. Bauke § 8 S. 43 ff.,; Traeger in deutscher Literaturzeitung 1899 S. 512. — Im übrigen siehe noch als hierher gehörig §§ 907—909, 911, 912, 917; ferner 865, 1005, 997 II; 1020, 1090 usw.

B. Es erscheint zweckmäßig, noch mit einigen Worten darauf hinzuweisen, daß es neben den zahlreichen Bestimmungen des BGB. noch zahlreiche andre Vorschriften, ja eine ganze Reihe von Gesetzen gibt, welche ihrem typischen Inhalt nach besonders mißbräuchlicher Rechtsausübung entgegentreten sollen.

Abgesehen von baupolizeilichen Beschränkungen (Baufluchtlinien[190] etc.), gesundheits- und sittenpolizeilichen Maßnahmen, die hauptsächlich im öffentlichen Interesse das Eigentum usw. gewissen Beschränkungen unterwerfen,[191]) mitunter sogar entziehen,[192]) sind es vor allem die zum Schutz der sogenannten Individualrechte erlassenen Gesetze, welche diesen Charakter tragen. Entsprechend der verschiedenen Art dieser Rechte ist der Schutz ein verschiedener, was sich schon äußert in der verschiedenen Behandlung bei der Entstehung. Bald greift er schon Platz mit der Schöpfung,[193]) bald erst mit Anmeldung oder Eintragung der betr. Rechte bei bestimmten Behörden in daselbst geführten „Rollen“[194]) (z. B. Warenzeichen-, Gebrauchsmuster-, Patentrolle). Wie hoch diese Bestrebungen zu werten sind, geht daraus hervor, daß man sich

---

[190]) Preuß. Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875.

[191]) Vgl. ALR. II, 17, § 10; auch Reichsgesetz betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen vom 21. Dezember 1871.

[192]) Preuß. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874.

[193]) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, vom 19. Juni 1901; Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907.

[194]) Patentgesetz vom 7. April 1891 (altes von 1877); Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876; Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. März 1891; Gesetz betr. den Schutz von Erfindungen, Mustern und Warenzeichen auf Ausstellungen vom 18. März 1904; Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung vom 12. Mai 1894.

die größte Mühe gibt, diesen Schutz über die Landesgrenzen hinaus zu erweitern und zu internationalisieren.[195])

Von allgemeinerer Bedeutung waren noch die Wuchergesetze (von 1880/93; jetzt § 138 II BGB.!). Illoyaler Konkurrenz wird wirksam entgegengetreten durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Schließlich mögen noch die Bestimmungen erwähnt werden, die es ermöglichen, Rechtshandlungen des Gemeinschuldners während des Konkurses (KO. § 29 ff.), aber auch außerhalb desselben anzufechten,[196]) wobei die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, eine hervorragende Rolle spielt.

---

[195]) Berner Uebereinkunft betr. Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutz von Werken der Literatur und der Tonkunst vom 9. September 1886 etc.

[196]) Sogen. „individuelles" Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879.

IX.

Wir versuchen, die Rolle, welche § 226 in den verflossenen elf Jahren seit Inkrafttreten des BGB. gespielt hat, an der Hand der bedeutendsten seither ergangenen Erkenntnisse zu würdigen.

Unser höchstes Gericht hat, soweit wir die Literatur übersehen, die Voraussetzungen des § 226 erst in 2 Fällen[197]) als erfüllt angesehen. RG. vom 22. Februar 1906:[198]) Wenn jemand weiß, daß er durch Versagung seiner Zustimmung zu einer Aenderung des Statuts einer Familienstiftung deren Existenz bedroht und „dies nur in böslicher Absicht tut und seine Einwendungen nur erhebt, um zum Schaden der Gesamtheit der Familienglieder persönliche Vorteile zu erlangen und sich . . . zu rächen, so übt er das ihm zustehende Versagungsrecht in einer nach § 226 unzulässigen Weise aus.“ Gegenüber sonstigen Erkenntnissen des Reichsgerichts erscheint die Hervorhebung der „böslichen Absicht“ und des „persönlichen Vorteils“, die zur Begründung seiner Ansicht vom Reichsgericht herangezogen werden, auffällig. Das Reichsgericht hat z. B. das Verlangen, selbst ein massives Gebäude einzureißen, nicht als Schikane gedeutet,[199]) sofern der Eigentümer ein Interesse daran habe, das verpachtete Grundstück im früheren Zustand wiederzuerhalten. Das

---

[197]) In dem von Trüeb S. 95 Anm. 1 zitierten Fall RG. vom 15. November 1906 kommt das RG. zur Ablehnung des § 226, nicht wie Trüeb annimmt, zur Zulassung.

[198]) Im Recht 1906 S. 680.

[199]) RG. in D. J. Z. 1900 S. 481.

entspricht allerdings dem Wortlaut des § 226, hätte aber auch im erstgenannten Fall zur Verneinung des § 226 führen müssen. Da die Verfolgung persönlichen Vorteils der Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks entgegensteht und es nach h. M. ja nicht schaden soll, daß neben eigenes Interesse eigener Schaden tritt.

Weiter RG. 72 S. 252 ff.: Ein Vater verbietet seinem Sohn, das in seinem Park gelegene Grab seiner Frau, des Sohnes Mutter, aufzusuchen, und zwar ohne Grund in rücksichtsloser Ausübung seines Eigentumsrechts, um dem verfeindeten Sohn zu schaden. Der Sohn wird nun, da er sich an das Verbot nicht kehrt, bedroht, daß er demnächst mit Gewalt ferngehalten werde. Er klagt und dringt mit § 226 durch. Das Urteil ist in dreifacher Richtung interessant. Es zeigt vorzüglich, wie eng die Grenzen des § 226 sind, daß ferner durch § 226 auch ideelle Interessen geschützt werden, auch eine Unterlassungsklage bei Befürchtung weiterer Beeinträchtigung gewährt wird. In ersterer Beziehung wurde ausgeführt: Daß der eigene Vater ohne triftigen Grund durch die rücksichtslose Ausübung seines Eigentumsrechts seinem Sohn jene Schädigung zufüge, verstoße zweifellos gegen die guten Sitten, und die unbedingte Rechtsausübung, welche der Beklagte (Vater) eintreten lassen wolle, könne auch nur den Zweck haben, dem Sohne Schaden zuzufügen. Diese Erwägungen seien aber zutreffend nur bezüglich der völligen Ausschließung vom Besuch der Grabstätte.

Von einem „eventuellen Zutreffen des § 226“ ist die Rede in RG. 56, 108, wenn es sich um arglistige Ausbeutung eines formalen Rechts handelt.

Etwas weitherziger scheinen unsere Oberlandesgerichte in der Anwendung des § 226 gewesen zu sein; denn abgesehen von den Urteilen, welche später durch Spruch des Reichsgerichts wieder umgestoßen wurden, sind uns vier Erkenntnisse bekannt, welche die Zulässigkeit des § 226 aussprechen.

Das Kammergericht[200]) sah das Verlangen des Vermieters, daß der Mieter auf Grund des dem Vermieter zustehenden Pfandrechts (oder besonderer Vertragsbestimmung) eine erst auf dem Grundstück des Vermieters aufgebaute, dann aber wieder abgebrochene Halle wieder errichten solle, als schikanös an, wenn die auf dem Grundstück des Vermieters noch vorhandenen Materialien seine Mietforderung deckten. Es könne also nach Lage des Falls nur Schädigung bezweckt sein, denn der „wahre" Zweck könne nicht in der behaupteten Sicherung liegen. Diese Auffassung wird zweifellos dem Rechtsgefühl gerecht, ob der üblichen Auslegung des § 226, wagen wir mit Schneidler[201]) zu bezweifeln; denn nach ROLG. V 62 ff. z. B. genügt eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit eines andern Zwecks, den § 226 auszuschließen.[202]) Und ist nicht objektiv betrachtet die „Möglichkeit" vorhanden, daß ein Teil der Materialien untergeht, sodaß der Vermieter nun nicht mehr ganz gedeckt ist?[203])

Das Oberlandesgericht Dresden sah den Tatbestand des § 226 als erfüllt an, wenn die Forderung des Bauunternehmers gegen den Kapitalisten, welcher sich kontraktlich verpflichtet hat, Baugelder zu leihen, gepfändet wird, da ja der Geldbetrag der Forderung auf Grund des Vertrags doch für den Bau verwendet werden müßte, also auch von dem Pfandgläubiger.[204]) Ebenso ließ Oberlandesgericht Karlsruhe[205]) den § 226 zu, nach Schneidler auch mit anfechtbarer Begründung.[206])

---

[200]) ROLG. I, S. 437 ff.; Recht 1906 S. 603 ff.

[201]) Recht 1906 S. 603 ff., vgl. auch Ramdohr S. 829.

[202]) Mit wiederholter Einklage desselben Anspruchs wird möglicherweise bezweckt, die Zwangsversteigerung auf einem Wege herbeizuführen, der einfacher und sicherer war als die Vollstreckung des früheren Urteils.

[203]) Mit Oertmann würde man wohl zu einem andern Resultat gelangen. Vgl. Anm. 131.

[204]) Seuffert Arch. Bd. 57 S. 343.

[205]) in Soergel, Rechtsprechung 1900/01, § 226 d.

[206]) Die Entscheidung des OLG. Marienwerder in Pos. M. Schr. 1901 S. 141 siehe weiter unten S. 86 f.

Aus der jüngsten Praxis sind noch 2 Fälle besonders interessant. Der erstere hat folgenden Tatbestand.[207]) Eine geschiedene Frau hatte wieder geheiratet. Der für allein schuldig erklärte frühere Ehegatte hatte sich im Wege des Vergleichs mit dem Pfleger des aus der früheren Ehe stammenden Kindes verpflichtet, monatliche Unterhaltsbeiträge für das letztere an die Mutter zu zahlen. Er erledigte sich seiner Verpflichtung, indem er auf die Postsendung den offenen Vermerk setzte: „Unterhaltsgelder für unser gemeinschaftliches Kind." Ein derartiger Vermerk war der Frau sehr peinlich, da es in dem kleinen Ort ihres jetzigen Wohnsitzes nicht bekannt war, daß sie eine geschiedene Frau sei, und sie dies, weil einer geschiedenen Frau immer ein gewisser Makel anhafte, auch weiter zu verheimlichen wünschte; ferner könnten Unbeteiligte auch noch auf andere Gedanken kommen. — Neben einer andern Forderung über die Art der Zahlung interessiert uns hier vor allem das Verlangen der Frau auf künftige Unterlassung solcher Vermerke. Gestützt auf § 226 und ausgehend von der Annahme, der Schuldner sei nicht nur zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit verpflichtet, sondern habe sogar ein „Recht auf Erfüllung", drang die Frau mit ihrer Klage durch, „da sie nach § 226 Einspruch erheben könne, wenn die Erfüllung der gewählten Art nur geschehe, um ihr Schaden zuzufügen." Damit wäre die Möglichkeit der Anwendbarkeit des § 226 auf dem Gebiete des Obligationenrechts auch in praxi erwiesen. Zunächst wird man sich allerrdings sofort fragen: Trifft denn nicht § 242 zu? Der Schuldner erfüllt seine Verpflichtung nicht nach Treu und Glauben, wenn er sie mit Vermerken der genannten Art begleitet. Es genügt ja nicht, daß der Schuldner seiner Verpflichtung in der geschuldeten Höhe etc. nachkommt. die Art der Erfüllung, also gerade die sie begleitenden Nebenumstände, begründen bereits einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Eine Zurückweisung der Erfüllung wäre demnach möglich. Damit ist aber der

---

[207]) Vgl. D. J. Z. 1911 S. 147/148.

Frau keineswegs gedient; denn einmal wird die Sache unter Umständen gerade dadurch auffällig und weiter hat sie damit keineswegs ein Mittel, zukünftig solche Verstöße gegen Treu und Glauben seitens ihres früheren Mannes zu verhindern. Dies Hilfsmittel erwächst ihr erst aus § 226; denn auch eine strafrechtliche, im Erfolg höchst zweifelhafte Beleidigungsklage kommt ihren Zwecken noch weniger entgegen. Es läßt sich aus dem Fall die Lehre ziehen, daß die praktische Bedeutung des § 226 auf dem Gebiete des Obligationenrechts hauptsächlich in der nach § 226 zulässigen Unterlassungsklage liegt, da im übrigen die Grundsätze von Treu und Glauben einen ausreichenden Schutz gewähren.

Der andere Fall betrifft eine einstweilige Verfügung, zu deren Begründung sich der Antragsteller auf § 226 berief.[208]) Es boten sich folgende Unterlagen: S. hatte einen Weg, der durch eine kleinere, von den Waldungen des v. K. umschlossene Waldparzelle des S. führte und auch als Holzabfuhrweg seit unvordenklichen Zeiten benutzt wurde, dadurch völlig für jeden Verkehr gesperrt, daß er Querbäume mit eisernen Klammern anbrachte. Durch diese Absperrung sei sowohl die Zugänglichkeit zu einem großen Teil der Waldreviere des v. K. abgeschnitten, v. K. auch in seinem sich auf das S'sche Grundstück erstreckenden Jagdrecht gestört und der Zugang zu dem hinter den Waldungen auf der Berghöhe liegenden Vorwerk des v. K. abgeschnitten. Aus den Gründen der dem Antrag stattgebenden einstweiligen Verfügung ist hier Folgendes wesentlich: . . . v. K. habe sich auf § 226 berufen und ausgeführt, daß S. keinen Vorteil von seinen verkehrsstörenden Vorrichtungen habe und deshalb anzunehmen sei, daß er aus Schikane, deshalb weil er den geforderten übermäßig hohen Kaufpreis (für die Waldparzelle) nicht erhalten habe, gehandelt habe. Es müsse anerkannt werden, daß,

[208]) Der Fall selbst, der sich jüngst in dem zur Zuständigkeit des Amtsgerichts, an dem Verfasser z. Zt. tätig ist, gehörenden Bezirk zutrug, steht noch zur Entscheidung.

soweit bis jetzt der Sachverhalt klar gestellt sei, S. keine Veranlassung zu der Sperrung des Weges hatte, die v. K. die größten Schwierigkeiten bereite, und dem S. keinen Nutzen, sondern eher Nachteil bringe. Wenigstens sei nicht abzusehen, weshalb er den Verkehr auf dem Weg unmöglich mache, auf dem er doch selbst das Holz aus seiner Waldparzelle durch die Waldungen des v. K. abfahren könne. Der Verdacht der Schikane sei deshalb vorliegend nicht abzuweisen. — Es kann offen bleiben, ob das Jagdrecht, eine eventuelle Servitut etc., nicht zu demselben Erfolge geführt hätten, soviel ist sicher, daß hier eine Entscheidung vorliegt, die das Rechtsgefühl befriedigt, wenn auch die Frage nach der Ausschließlichkeit des Schädigungszweckes vielleicht noch stärker hätte betont werden können.

Von der weitaus größeren Zahl der Fälle, in welchen die Gerichte zur Verneinung des § 226 kamen, müssen noch einige herangezogen werden, da man an den oft auch auf die Theorie einflußreichen, vielseitigen Begründungen nicht achtlos vorübergehen kann, dadurch auch erhellt, von welch universeller Natur § 226 ist.

Es hatte jemand mit seinem Nachbarn Vereinbarungen darüber getroffen, nach welchen Grundsätzen (Schönheit etc.) ein eventl. Neubau auf dem Nachbargrundstück gestaltet werden sollte. Als der Nachbar ein in die sonstige Umgebung gut passendes Haus aus weißen Glanzsteinen erbaut, erhebt der Vertragsgegner Klage, da dies den Vereinbarungen nicht entspreche. Der Klage wird mit dem Einwand der Schikane begegnet. Das letztinstanzlich entscheidende Oberlandesgericht[209]) kam zu dem Ergebnis: Das Interesse, „die Schönheit und Annehmlichkeit seiner Villa durch die Art der Gestaltung des Neubaus auf dem Nachbargrundstück nicht beeinträchtigt zu sehen", schließe die Anwendung des § 226 aus. Wohl sei es dagegen als ein Verlangen, das nach § 226 unzulässig sei, anzusehen, wenn

[209]) ROLG. VII S. 460.

gefordert werde, den Neubau aus Tuffsteinen herzustellen. Der erste Teil des Urteils entspricht vollkommen der kontraktlichen Basis. Aber die letztgenannte Konsequenz erscheint nicht zweifelsfrei: da die vertraglichen Bestimmungen doch offenbar auf Schönheitssinn etc. abstellten — das ergibt sich aus dem ersten Teil des Urteils —, so kann nicht geleugnet werden, daß man etwa ein ästhetisches Interesse daran haben kann, aus welchem Material das Aeußere des Neubaus besteht, sodaß zumal auf der Grundlage des Vertrags auch hier die objektive Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks nicht überzeugend dargetan ist. Hier mußte vielmehr wieder mit den Grundsätzen von Treu und Glauben operiert werden. —

Aus dem Recht der Schuldverhältnisse sind ferner instruktive Entscheidungen: Rücktritt vom Vertrag[210]) wegen mangelhafter Erfüllung ist nicht deshalb schikanös, weil sich der Zurücktretende auf diese Weise von dem ihm wegen der Preisentwicklung lästig gewordenen Vertrage freimachen will;[211]) Beanspruchung eines Dienstzeugnisses bei nur eintägigem Dienst fällt nicht unter § 226.[212]) (Berechtigtes Interesse? Treu und Glauben?) —

Für das Sachenrecht sind noch zwei typische Fälle zu nennen: Das Landgericht ließ den Einwand der Schikane zu, wenn ein Gläubiger nur einen Teil der Pfandsachen versteigern lassen will, obwohl der zu erwartende Erlös nur äußerst gering und eine Reihe vorhergehender Gläubiger vorhanden war, deren Interessen durch das Betreiben des betreffenden Gläubigers empfindlich verletzt wurden, während

---

[210]) Die „Wandelungseinrede ist für eine spezielle Erscheinungsform der Schikaneeinrede" erklärt von Flechtheim bei Gruchot 44 S. 65—97. Diese Behauptung ist von Ramdohr bei Gruchot 46 S. 598 f. zu Recht bekämpft. Aus den von ihm angeführten Gründen erhellt, daß ein schikanöses Handeln i. S. des § 226 hier geradezu ausgeschlossen ist.

[211]) J. W. 97, 477, 53.

[212]) J. W. 05, 388. Aehnlich, aber doch der Bejahung näher liegend, das Verlangen einer Quittung über jedes Glas Bier.

der betreibende Gläubiger einen Anteil am Erlöß nicht erwarten durfte, sodaß die Teilveräußerung auch seinen Interessen widerstreite. Das Oberlandesgericht[213]) trat dieser Auffassung nicht bei, weil der Beklagte geltend gemacht habe, nach Hinterlegung des Erlöses solle erst über das Vorrecht der Pfändungen entschieden werden; von der Versteigerung der gesamten Pfandsachen habe er sich nur dadurch abhalten lassen, daß der Gerichtsvollzieher einen zu hohen Vorschuß forderte. — Mag der betreibende Gläubiger auch z. Zt. seines Versteigerungsantrags an diese Ausflüchte nicht gedacht haben, die objektive Möglichkeit derartiger Interessen ist nicht zu leugnen, und der auf der Böswilligkeit beruhende Gedanke des § 226 muß sich als fruchtlos erweisen, in der Erwägung, daß es Handlungen nicht gibt, die objektiv nur einen Zweck haben können. Das geht auch zur Evidenz aus folgendem Fall hervor: Das Verbot, unterirdisch auch nur etwa 15 cm in einen gemeinschaftlichen Winkel einzubauen, könne nicht nach § 226 für unzulässig erachtet werden, denn die Abwehr gegen einen Eingriff in das Miteigentum verfolge stets den berechtigten Zweck, das eigene Recht zu schützen, könne also nie „nur" den Zweck haben, dem Gegner Schaden zuzufügen.[214]) Diese Entscheidung erscheint uns bedenklich; denn bei konsequenter Durchführung des ihr zu Grunde liegenden Gedankens könnte man sagen, jede Rechtsausübung verfolgt den berechtigten Zweck, das Recht durchzusetzen. Das würde aber die Anwendung des § 226 fast völlig unmöglich machen.

Auch das Familienrecht gibt uns hier Stoff an die Hand. Die auf Herausgabe des Kindes belangte Ehefrau kann dem Vater des Kindes nie den Einwand schikanöser Rechtsausübung entgegenhalten, weil der Vater stets ein Interesse daran hat, daß ihm seine Kinder nicht entfremdet werden. Urteil des RG. vom 15. November 1906.[215]) Das Urteil erkennt

---

[213]) ROLG. IV, 144 ff.

[214]) Württ. J. Bd. 14 S. 10 f. (OLG. Stuttgart.)

[215]) J. W. 1907 S. 6.

in abstracto die Möglichkeit der Anwendung des § 226 für die Klage auf Herausgabe des Kindes an, die Fassung, in welcher im gegebenen Falle die Anwendung abgelehnt wird, ist aber eine so allgemeine — „das Verlangen des Vaters, sein Kind bei sich zu haben und sich nicht dauernd zu entfremden, sei ein durchaus begreifliches und natürliches" —, daß tatsächlich § 226 hier wohl stets ausgeschlossen werden würde. — Eine Ehefrau hatte gegen die Pfändung von früherem, ihr bei der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft übereignetem Gesamtgut aus einem nach der Teilung nur gegen den Ehemann erwirkten Schuldtitel Widerspruch erhoben. Es wurde ihr entgegnet, sie hafte ja nach § 1480 BGB., sodaß ihr Vorgehen gegen § 226 verstoße. Das Oberlandesgericht erklärte die Einwendungen für berechtigt. Das Revisionsgericht[216]) stellte sich auf einen andern Standpunkt. Die Absicht des Berechtigten spiele keine Rolle, entscheidend sei vielmehr der Zweck des Handelns, wie er sich bei objektiver Betrachtung der gesamten Umstände des Falls darstelle, wobei freilich auch die inneren Beweggründe des Handelnden von Bedeutung sein könnten. Das Berufungsgericht habe nur die subjektive Seite berücksichtigt, und das sei nicht erschöpfend.

Uns erscheint die Entscheidung des Oberlandesgerichts als die billigere, während die vom Reichsgericht vertretene Auffassung u. E. in ihren Konsequenzen zu Entscheidungen führen mußte, welche den Rechtsanschauungen des Volkes widerstreiten.

Aus dem Gebiete des Erbrechts ist folgende Entscheidung des Oberlandesgerichts Marienwerder[217]) bekannt geworden: Der Tatbestand des § 226 sei als erfüllt zu erachten, wenn die Erbengemeinschaft auf Grund einer zum Nachlaß gehörigen Forderung gegen einen der Miterben von letzterem mehr verlange, als zur Begleichung der Nachlaßschulden erforderlich

---

[216]) RG. 68, 425.

[217]) in Pos. M. Schr. 1901 S. 141.

„oder sonst durch ein gerechtfertigtes Interesse der Miterben“ geboten sei. Die Entscheidung ist so vorsichtig abgefaßt, daß man schlecht etwas gegen sie einwenden kann. Es fragt sich nur, was unter „gerechtfertigtem Interesse“ zu verstehen ist. Ein nur möglicherweise in der Zukunft liegendes Interesse wird sich diesem Begriff jedenfalls nicht immer subsumieren lassen. Einen andern Standpunkt vertritt freilich das Reichsgericht,[218]) wenn es die Anwendung von § 226 schlechthin ausschließt, falls „dem Eigentumsrecht des Klägers an einem Grundstück durch den streitigen Eingriff auch nur möglicherweise in der Zukunft eine Beschränkung drohen könne“, mag der Eingriff ihm zur Zeit auch in keiner Weise schaden, ja will er durch dessen Abwehr auch nur den dem Dritten hierdurch entstehenden Vorteil vereiteln.

Und ein letzter Fall aus einem dem BGB. nicht angehörigen Gebiet. Eine Seifenfabrik hatte sich für die äußere Verpackung ihrer Fabrikate ein Zeichen eintragen lassen, gleichzeitig aber, um dies im Verkehr tatsächlich benutzte Zeichen nach allen Richtungen hin gegen offene und versteckte Nachahmungsversuche sicherzustellen, ein sogen. „Defensivzeichen“ miteintragen lassen. Gegenüber einer Konkurrenzfirma, die ein ähnliches Zeichen vorher benutzt, aber sich nicht hatte eintragen lassen, macht sie nun ihr aus der Eintragung folgendes Untersagungsrecht geltend. Die Beklagte stützt sich auf § 226, drang aber damit nicht durch, da sie nicht einwandfrei begründet habe, daß die Rechtsausübung der Klägerin aus ihrer Zeicheneintragung nur den Zweck haben könne, der Beklagten zu schaden.[219]) — Entsprach das Verhalten der Klägerin auch keineswegs den Anforderungen, die alle „billig und gerecht Denkenden“ stellen, so zeigt sich doch hier, daß im harten wirtschaftlichen Kampf Manches

[218]) RG. 54, S. 433 ff.

[219]) RG. 69, 380; vgl. auch Recht 08, 689.

geduldet werden muß, was vom Standpunkt der Moral verwerflich erscheint.[220]) Wir glauben daher, daß die Beklagte, ihrerseits den Klageweg betretend, auch mit § 826 im vorliegenden Fall kaum Erfolg gehabt haben würde. Jedenfalls kann hier die Abweisung des Einwandes aus § 226 nur gebilligt werden.[221])

---

[220]) Vgl. RG. 55 S. 373 und oben S. 137 ff.

[221]) Der Vollständigkeit halber vgl. noch: Recht 09, Z. 9, Z. 1843; RG. 51, 357; **RG. 47, 238**; ROLG. III, 99; Bad. R. Pr. 10, 98; Seuff. Arch. **59, 225**; 56 No. 147; 51, 2; 50, 91; 61, 91. Gruchot 35, 946. Recht Bd. 6, 371 No. 1767; Bd. 6, 556; Bd. 7 S. 504 No. 2534. Eine große Anzahl praktischer Beispiele siehe insbesondere bei Bauke, Blümner, auch Ramdohr.

Lebenslauf.

Am 4. Februar 1889 bin ich, Karl-Ernst Heinrich Sippell, Sohn des Geh. Sanitätsrats Dr. Friedrich Sippell und seiner Ehefrau Rosalie geb. Natorp, zu Bad Sooden a. Werra geboren. Ich besuchte zunächst eine Privatschule zu Allendorf a. Werra, dann das Kgl. Wilhelmsgymnasium zu Cassel, wo ich im Frühjahr 1907 das Abiturientenexamen absolvierte. Die Rechtswissenschaften studierte ich an den Universitäten Genf, Tübingen und Marburg. Am 25. Juni 1910 bestand ich die erste juristische Prüfung zu Cassel. Seit Anfang Juli 1910 war ich dann im Vorbereitungsdienst tätig, und zwar zunächst am Kgl. Amtsgericht zu Allendorf a. Werra. Von Oktober 1910 bis Ende September 1911 genügte ich der militärischen Dienstpflicht beim Kurmärkischen Dragoner-Regiment No. 14 zu Colmar i. Els. Seit Anfang Juni 1912 bin ich am Kgl. Landgericht zu Cassel beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 15. Juni 1912.